L'EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE IN RELAZIONE COL CONTRATTO LETTERALE DEL DIRITTO ROMANO: CON LA TRADUZIONE DAL TEDESCO CONSENTITA DALL'AUTORE...

Cesare Facelli, Otto Bähr



ITALY p.

All'onorevole Direzione dei Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und d. Privatrechts

red

Roma Via Nazionale 243

Omaggio dell'Autore

Con preghiera dell'invio d'un esemplare della Rivista, dove si contenga la recensione dell'opera.

L'EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE

IN RELAZIONE COL CONTRATTO LETTERALE

DEL DIRITTO ROMANO

Nec. 5

/5

CESARE FACELLI

L' EXCEPTIO
NON NUMERATAE PECUNIAE
IN RELAZIONE COL CONTRATTO LETTERALE
DEL
DIRITTO ROMANO

CON LA TRADUZIONE DAL TEDESCO CONSENTITA DALL'AUTORE DELL'APPENDICE
" *Die exceptio non numeratae pecuniae* "
ALL'OPERA " *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* "
DEL D.r OTTO BAEHR
Reichsgerichtsrath a. D. in Kassel.

Premiato al Concorso Corsi presso la R. Università di Roma



TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33, Via Carlo Alberto, 33
1886

AVVERTENZA

Scopo della presente pubblicazione si è di tributare un omaggio rispettoso di riconoscenza alla Spettabile Facoltà Giuridica della R. Università di Roma, la quale, dopo averci di questo lavoro proposto il tema, volle sul primo getto, che ora esce qui completamente rifuso, assegnarci e confermarci poi il premio Corsi.

A dare alle stampe il nostro scritto ci ha indotti anche il riflesso che su di un argomento, intorno a cui è sorta una così fiera polemica ed un così agitato dibattito di opinioni in Germania, dove, per rammentare solo i trattatisti speciali più spiccati, scrissero in vario senso Teller, Meurer, Mencken, Maier, Savigny, Keller, Hanlo, Cropp, Unterholzner, Eisele, Endemann, Gneist, Schueler, Liebe, Sintenis, Heimbach, Einert, Baehr, Schlesinger, Pagenstecher, Salpius, Huschke, nessuno in Italia, in questa patria del diritto, aveva presa la penna; se si eccettui il Buonamici, che ha lumeggiato un lato solo del vasto tema nella sua notevole monografia sulle *literarum obligationes*.

Nè il soggetto manca, come potrebbe sembrare a prima vista, d'una certa pratica utilità ed attinenza col diritto positivo dell'oggi; perocchè si tratta di sostenere quello che è nell'interesse della scienza rimanga assodato per spiegar bene le origini e le tradizioni di varii importanti istituti odierni — prima fra tutti la cambiale —; e cioè l'attitudine della

scrittura rimasta intatta e, contro l'opinione di molti, ininterrotta attraverso i secoli, d'essere di per sè fonte di obbligazione.

L'Einert, il fondatore del diritto cambiario tedesco, intuì questa necessità scientifica, e scrisse una monografia intonata esclusivamente a questo fine.

Non presumiamo d'aver fatta cosa perfetta; chè anzi dalla perfezione siamo convinti di essere rimasti ben lungi: ma abbiamo la coscienza di avere dettata sulla poco studiata e poco nota materia una trattazione accurata ed in qualche punto originale, che ci è costata fatica non lieve e non breve.

La nostra aspirazione è modesta e si riassume nelle parole che il Baehr poneva, oltre vent'anni fa, in Germania come chiusa della classica opera sua: « Non è mio compito giudicare se a questo trattato riuscirà di scuotere le teorie dominanti: almeno esso contribuirà a rimuovere l'idea che sia stata detta l'ultima parola su questa dottrina, la quale anzi deve essere assoggettata ad un ulteriore esame. » Che il nostro tentativo di ricostruzione dottrinale sia di spinta a far sì che altri più competente di noi ritorni in Italia sulla difficile ed intricata controversia, traendone nuovi ed utili risultati: ecco il nostro voto!

BIBLIOGRAFIA

FONTI GIURIDICHE *

a) *Fonti extra-Giustinianee*

GAJI *Institutiones* — III, §§ 116, 119, 128-138, 176; IV, §§ 116-125, 127, 171.
HERMOGENIANUS *Codex* — tit. de cauta et non numerata pecunia (lib. un., tit. 1).
PAULI *Receptae Sententiae* — V, 7 §§ 1-2.
THEODOSIANUS *Codex* — cc. 3, 6 De denunciatione vel edit. rescripti (2, 4); c. un. Si certum petatur de chirographis (2, 27).
GREGORIANUS *Codex* — cc. 1-2 De inoff. testam. (2, 6); CC. 1-2 Si deb. persol. instrum. apud credit. remans. (4, 1).
TEOPHILUS *Paraphrasis* — ad tit. Inst. de liter. oblig. (3, 22).
Lex Rom. Burgund — tit. 30.
Fragmenta Vaticana, § 329.

b) *Fonti Giustinianee*

Istituzioni — § 13, De nuptiis (1, 10); § 3, De adopt. (1, 11); § 40, De rerum divisione (2, 1); § 2, De obligat. (3, 14); § 12, De inut. stipul. (3, 20); §§ 5, 8, De fideiuss. (3, 21); tit. de lit. obligat. (3, 22); princ. e § 3 quibus modis toll. oblig. (3, 30); §§ 19, 23, 26 De act. (4, 6); §§ 1-3, 9, 10, 11 De except. (4, 13); § ult. De replicat. (4, 14).
Pandette — LL. 27, 28 De legibus (1, 3); LL. 1 § 9, 2 De off. Praef. urbi (1, 12); L. 6 De off. praes. (1, 18); LL. 9 § 2, 10; § 1 De ed. (2, 13); LL. 2, 7 §§ 2 e 12, 9, 40 pr., 46, 47 § 1, 56 de pactis (2, 14); L. 9 § 3 quod metus causa gest. erit (4, 2); L. 40 De minor. (4, 4); L. 1 Ex quib.

* Edizioni usate: per GAIO l'edizione di HUSCHKE (3ª ediz. Lipsiae, 1878) e l'ediz. di KRUEGER e STUDEMUND (2ª ediz. Berolini. 1884). Pei Codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano l'ediz. di HAENEL (Bonn., 1837-42). Per PAOLO l'ediz. di KRUEGER (Berolini, 1878). Per la parafrasi di TEOFILO la vers. del REITZ, ediz. di SCHRADER (Amst., 1860). Pei Fragmenta Vaticana l'ediz. di MOMMSEN (Berolini, 1861). Per i passi del Corpus Iuris infine l'ediz. di KRUEGER e MOMMSEN per le Istituzioni, il Digesto ed il Codice (edit. stereot. Berolini 1877); l'ediz. di SCHOELL in corso di stampa per le Novelle (id. id. 1880 e segg.).

caus. major 25 ann. in integr. restit. (4, 6); L. 34 De recept. qui arbitr. (4, 8); LL. 19, 41 De jud. (5, 1); LL. 43, 58 De hered. pet. (5, 3); LL. 27 § 5, 76 De rei vindic. (6, 1); L. 18 Comm. divid. (10, 3); LL. 2, 9, 15, 40, 45 De reb. cred. (12, 1); LL. 5, 26, 30, 38 De jurejur. (12, 2); L. 14 De cond. causa data causa non sec. (12, 4); LL. 6, 7, 8 De cond. ob turp. caus. (12, 5); LL. 2, 29 D. De cond. ind. (12, 6); LL. 1, 2 De cond. sine causa (12, 7); L. 7 § 1 De cond. furt. (13, 1); L. 24 De pec. const. (13, 5); L. 20 De inst. act. (14, 3); L. 5 De trib. act. (14, 4); LL. 3, 7 De S. C. Maced. (14, 6); L. 49 De pec. (15, 1); LL. 26 §§ 1-2, 28 Dep. (16, 3); LL. 29 pr., 31 pr., 49, 61, 62, Mand. (17, 1); L. 38 pro socio (17, 2); L. 15 § 2 De contr. empt. (18, 1); L. 2 De lege comm. (18, 3); LL. 5 § 1, 25 De act. empti et vend. (19, 1); LL. 19 § 6, 24 § 2 Loc. cond. (19, 2); L. 26 § 1 De pign. (20, 1); L. 31 § 17 De aedil. ed. (21, 1); L. 41 De usur. (22, 1); LL. 2, 3, 4, 15, 18 § 1, 19 § 2, 25 pr. §§ 1-4, 31 De probat. et praesumpt. (22, 3); LL. 2, 4 De fide instrum. (22, 4); L. 157 De donat. int. vir. et ux. (24, 1); LL. 24, 49 Sol. matrim. (24, 3); L. 36 § 3 De test. milit. (29, 1); LL. 37, 97 De adquir. v. omitt. hered. (29, 2); L. 44 § 1 De leg. I (30 tit. un.); L. 50 De leg. III (32, tit. un.); L. 1 De ann. leg. (33, 1); L. 12 De lib. leg. (34, 3); L. 5 De his quae ut ind. (34, 9); L. 82 De cond. et demonstr. (35, 1); L. 32 Ad leg. falcid. (35, 2); L. 1 § 5 De Carb. ed. (37, 10); L. 4 § 8 De damno infecto (39, 2); LL. 2 § 3, 19 § 4, 20, 21, 29 § 1 De donat. (39, 5); LL. 18, 24 De mort. caus. donat. (39, 6); L. 40, § 10 De fideicomm. lib. (40, 5); L. 40 De statulib. (40, 7); LL. 31 pr., 35 De adquir. rer. dom. (41, 1); L. 1 § 13 De separat. (42, 6); L. 63 De re jud. (42, 1); L. 1 § 4 De superf. (43, 18); LL. 3, 7, 19, 22 De except. (44, 1); L. 11 § 7 De exc. rei jud. (44, 2); LL. 2 §§ 1-2, 4 § 33, 16-17, 44 § 33 De doli mali et met. exc. (44, 4); LL. 1, § 1, 38, 52, De oblig. et act. (44, 7); LL. 2, 6, 18, 30, 36, 77, 121, 123, 126 § 2, 134 §§ 1-2 De verb. oblig. (45, 1); LL. 28, 51 De fidejuss. (46, 1); LL. 1, 2, 6, 7, 8, 16, 17 De novat. et deleg. (46, 2); LL. 5 § 3, 89 De solut. (46, 3); L. 19 § 1 De acceptil. (46, 4); L. 1 § 4 De stipul. praet. (46, 5); LL. 16, 19, 49 De verb. signif. (50, 16); LL. 17, 66, 112, 125, 156, 159, 177 De reg. juris (50, 17).

Codice — c. 29 De pactis (2, 3); c. 3 De postul. (2, 6); c. 4 § 3 De advoc. div. (2, 8); c. 2 De his quae vi (2, 20); c. 6 De dolo malo (2, 21); c. ult. in quib. caus. in integr. restit. nec non est (2, 41); c. 5 De temp. in integr. restit. (2, 53); c. 4, § 6 De recept. arbitr. (2, 56); c. 3 De plus petit. (3, 10); c. 35 § 2 De inoff. test. (3, 28); c. 9 Ad exhib. (3, 42); cc. 5, 6 Si cert. pet. (4, 2); c. 3 De cond. ind. (4, 5); c. 4 De cond. ob caus. dat. (4, 6); c. 1 De cond. ob turp. caus. (4, 7); cc. 2, 4 De cond. ex lege (4, 9); c. 2 De const. pec. (4, 18); cc. 5, 18, 23 De probat. (4, 19); c. 2 De testibus (4, 20); cc. 15-16 De fide instrum. (4, 21); c. 1 plus val. quod ag. (4, 22); cc. 22, 23 Ad S. C. Vellej. (4, 29); tit. de non num. pec. (4, 30); c. 6 De compens. (4, 31); cc. 4, 8, 10 De resc. vend. (4, 44); c. un. De rei ux.

act. in ex. stipul. act. transf. (5, 13); cc. 1, 3 De dote cauta non num. (5, 15); c. 1 Rer. amot (5, 21); c. 16 De testam. (6, 23); c. 1 § 4 De falsa causa ad. (6, 44); c. 7 § 5 De praescr. trig. vel quadrag. ann. (7, 39); c. 2 De ann. except. (7, 40); c. 11 qui pot. in pign. (8, 18); cc. 1, 2 Si pign. conv. num. pec. sec. non fuerit (8, 33) cc. 1, 10, 12, 14 De contr. stipul. (8, 38); c. 4 De duob. reis stipul. et promitt. (8, 40); cc. 15, 17 De fidejuss. (8, 41); c. 8 De novat. (8, 42); cc. 6, 15, 18, 19, 21, 22, 25 De solut. (8, 43); c. 2 De adopt. (8, 48); c. 5 De emancip. (8, 49); c. 37 De donat. (8, 54); c. 4 De apochis (10, 22).

Novelle — Nov. 2; Nov. 18 c. 8; Nov. 74; Nov. 89; Nov. 100; Nov. 134 c. 8; Nov. 136 c. 6.

AUTORI

ALBRECHT — Die Exceptionen des gemeinen Deutschen Civilprocesses geschichtl. » entwickelt. (München 1835) (*).

ARNDTS — Recensione sull'opera di BAEHR Die Anerkennung etc. (Münch. Krit. Ueberschau, IV, p. 220 e segg.). Questa recensione trovasi riprodotta nei Gesammelte Civilist. Schriften, I, p. 317 e segg. (Stuttgart, 1873).

» Krit. Vierteljahresschrift. v. Pözl, V, p. 327 e segg. Articolo riprodotto nei Gesamm. Civil. Schriften, III, p. 522 e segg. (Stuttgart, 1874).

» Pandette tradotte e annotate dal SERAFINI specialmente I, §§ 101-102; II, §§ 232 nota 6; 233 nota 8; 240 nota 4; 252 nota 1; 261 nota 2; 267 testo e nota 2d.; 268 nota 3, 281 (Bologna, 1877-80).

BACHOFEN — Röm. Pfandr., I, p. 45-47 (Basel, 1847).

BAEHR — Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, specialmente nei §§ 6, 22, 25-29, 33-39, 57-57 a., 59, 62-62 a., 63, 66 ed Anhang (Appendice) (Zweite Aufl. Cassel u. Göttingen 1867).

» Iahrb. f. d. Dogm. d. heut. röm. u. deutsch. Privatr. II, 67 e segg., 333 e segg.

BARON — Die Gesammtrechtsverhältnisse im röm. Recht, p. 309, 385 e segg. (Marb. 1864).

BEKKER — Die Aktionen des röm. Privatrechts, Vol. II, App. Iᵃ: Ueber d. Prinzip d. Exceptionen u. ueber die Einreden d. heutig. Rechts (Berlin, 1873).

» d. processualische Consumption im class. röm. Recht, p. 93 (Berlin, 1853).

BENFEY — Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess, XIV, p. 201 e segg.

BETHMANN-HOLLWEG — Gerichtsverfassung u. Prozess d. sinkenden röm. Reichs, §§ 24, 38, 99 (Bonn. 1834).

» Versuche, n. 4, p. 290 e segg.; n. 5 specialm. p. 350 (Berlin u. Stettin, 1827).

BIRKMEYER — Die Exceptionen in bonae fidei judicium (Erlangen, 1874).

(*) Si riferiscono le edizioni soltanto delle opere compulsate o riscontrate. Degli Annali e riviste non si cita il luogo di edizione, perchè noto ai cultori di diritto.

BOEHMER — Dig. ad tit. De rebus cred.
BOEKELMANN — In ZANGERI Tract. de except., II, p. 1369 e segg.
BONJEAN — Traité des actions chez les Rom., I, §§ 182-183; II, §§ 288, 309-310, 314-316 (Paris, 1845).
BONNIER — Traité des preuves, nn. 46, 680 (Paris, 1873).
BRINZ — Gibt es noch Except.? (Krit. Vierteljahresschr. v. Münch., XIV, p. 206.
BRISSONIUS — De formulis oblig., lib. VI, cc. 107-109.
BRUNNEMANN — Ad tit. Cod. de non num. pec.
BRUNNER — Rechtsgeschichte d. röm. u. germ. Urkunde, p. 49 (Berlin, 1880).
BRUNS — Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft, I, n. 2 (Weimar, 1861).
» Fontes juris Rom., pag. 209 (4ª Ed. Tubingae, 1879).
» Die Unterschr. in dem Röm. Rechtsurkunden (Abh. der Acad. der Wiss, 1876, p. 44-47, 100, 114 e segg.).
BUCHHOLTZ — Iuristische Abh., n. 10, p. 269-278 (Königsb. 1833).
BUELOW — Die Lehre von den Processeinreden (Giessen, 1868).
BUONAMICI — Sulle literarum obligationes nell'antico diritto romano (Arch. Giurid., XVI, pag. 1-72).
BURCHARDI — Il sistema e la storia del Diritto Romano, Vol. I, p. 122 (Trad. ital. Napoli, 1857).
CARLE — De exceptionibus in Iure Rom. pag. 9, 43-47, 100-104 (Aug. Taurin, 1873).
CARPZOVIO — Iurisprud. Forens., I, Const. 32, Def. 65.
CAUCHETIER — Des oblig. littérales en Dr. Rom. etc. (Paris, 1883).
CENERI — Nuovi ricordi di cattedra e fôro, p. 86-88 (Bologna, 1881).
CHASSANEUS — Alex. Sev. rescripta univ. Comm. illustr. 4, p. 405 (Paris, 1653).
CLAUDE — De l'except. de dol en Dr. Rom. (Nancy. 1884),
COCCEJO — Ius controv., XII, 1, Quaest. 23 e 30 (Lipsiae, 1784).
COSTA — Ad tit. Cod. De non num. pec. (Coimb. 1549).
COVARRUVIAS — Ad rubr. ext. de testibus, part. 2, n. 12.
CROPP — Ueber literarum obligatio, cautio indiscreta und pecunia canta non numerata (Iurist. Abhandl. von A. Heise und F. Cropp., I, n. 18).
» Iurist. Abhandl. etc., I, n. 15, p. 272 e segg.
CUJACIO — Recitat. in Cod. ad tit. de non num. pec., II, col. 1113 e IX, col. 107 (Ediz. Prato).
» Exposit. ad nov. 100.
» Observat. obs. 9, c. 38; obs. 21, c. 25.
DE CRESCENZIO — Sistema del Diritto Civ. Rom., I, § 90 annot.; II, §§ 335, 339, 388 (Napoli, 1870).
DE FRESQUET — Traité élém. de Dr. Rom. II, p. 153-157 (Paris, 1855).
DÉMANGEAT — Cours. élém. de Dr. Rom., II, p. 228 e segg. (2ª ediz. Paris, 1867).
DERNBURG — Geschichte und Theorie der Compensation, cap. IV, §§ 19 e segg. (2ª ediz. Heidelberg, 1868).
» Recensione sull'opera citata di BAEHR (Heidelb. Krit. Zeitschr., III, p. 500 e segg.).
DOMENGET — Instit. de Gajus avec le Comment. p. 581, 584, 595 (Paris, 1866).
DONELLO — Comm. ad tit. Cod. de non num. pec. (edit. Florent. VIII, col. 197-307).

DONELLO — Comment. de Iure Civ., lib. XXII, cap. VI (opera omnia, Lucae, 1762, Vol. V, col. 1363-1394).
DOVERI — Istituz. di D. Romano, Vol. II, §§ 321-329 (2ª ediz. Firenze, 1866).
ENDEMANN — Progr. de chirographo et exc. n. n. p. (Marb. 1832).
EINERT — Ueber das Wesen und die Form. des Literalcontr. vie dieser. z. Zeit der Iustinianeischen Gesetzgebung ausgebildet gewesen u. Vergleichung dess. mit d. Wechsel (Leipzig Zeitschr. v. Tauchnitz. Iun. 1852 (XI) p. 1-105).
EISELE — Die materielle Grundlage der Exceptio (Berlin, 1871).
» Z. Geschichte der processualen Behandlung der Exceptionen (Berlin, 1875).
ENDRES — Dissert. de lit. oblig. Teophil. Visiones legit. (Lipsiae, 1778).
ERXLEBEN — Einl. in d. röm. Privatr., II, p. 179 e segg. (Göttingen, 1854).
» Die condictiones sine causa, specialmente I, p. 56. 76 e segg., 172 e segg.; II, p. 455, 501 e segg.
ÉTIENNE — Instit. de Gajus trad. et expl., II, p. 477.
FABER ANT. — Conject., XVIII, c. 20 (Coloniae Allobrog. 1615).
FABER GEORG. FRID. — De non num. pec. (Argent. 1670).
FABRICIUS — De except. non num. pec. (Argent. 1666).
FADDA — Sulla dottrina della Novazione. Appunti di Diritto Romano, §§ 22-24 (Cagliari, 1880).
FAURE — De la preuve litt. en Dr. Rom. (Paris, 1875).
FICK — Recensione sull'opera citata di EINERT ueber das Wesen und die Form. etc. (Kritische Zeitschr. v. Heidelberg, 1853, I, p. 479-496).
FITTING — Zeitschr. f. Handelsrecht, III, p. 293.
FRANCKE — Civilitische Abhandl., n. 2, p. 104 e segg. (Göttingen, 1826).
GAILLARD — Des oblig. litt. (Strasburgo, 1860).
GANS — Scholien, p. 419-427 (Berlin, 1821).
GARZIA — Ad L. 27, § 2 D. De pactis, n. 68.
GERAU — Zeitschr. f. Civilr. u. Proz., XX, p. 77 e segg.
GIDE — Observ. sur le contr. literis (Rév. de législat. Paris, 1873, II livr.).
GIRTANNER — Die Stipulation u. ihr Verhaltn. z. Wesen d. Vertragsoblig. insb. z. Creditum, pag. 298-325 (Kiel, 1859).
GLÜCK — Ausführl. Erläuterung der Pand., V, p. 115 e segg.; XI, p. 464-475; XII, §§ 786-788, p. 105, 144, 145, 151, 157, 174; XVII, § 1027; XXI, p. 276; XXV, p. 257 (Erlangen, 1797-1824).
GNEIST — De recentiore liter. obligat. observ. quaed. exeget. Dissert. inaug. (Berlin, 1838).
» Die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrecht, specialmente p. 1-24, 52, 63, 89-98, 116, 128, 168, 175, 195, 205 e segg., 233, 243, 265-318, 321-514 (Berlin, 1845).
» Krit. Zeitschr. v. Heidelb., I, p. 485 e segg.
GROENEWEG — Ad Cod. tit. de non num. pec.
GUGINO — Tratt. stor. della Proced. Civ. Rom., pag. 176-179 (Palermo, 1873).
GUNDLING — Oblig. nominibus facta it. litter. nel Vol. II del Teophil. di REITZ Excurs. XVII (Hagae Com. 1751).
GUTHERIUS — Resolutiones I, c. 37.

HAENEL — Ueber das Wesen u. den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli (Arch. f. civilist. Prax., vol. XII, pag. 408-432).
HANLO — Diss. de nom. obligat (Amst. 1825).
HANSEN — Bei welchen Rechtsgeschäften findet d. exc. n. n. p. Statt? (Arch. f. civilist. Prax., IV, n. 9, pag. 45).
HEFFTER — Zusätzen z. Weber's Verbindl. z. Beweis führ., III, p. 237 e segg.
» System d. Civilpr., §§ 254, 392.
HEIMBACH — Die Lehre v. Creditum nach den in Deutschl. gelt. Rechten, p. 131, 308-388, 502, 543, 623, 633-700 (Leipzig, 1849).
» Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess, XVI, p. 71 e segg.
» Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. n. F., XIII, p. 96 e segg.
HEINECCIO — Antiq. Rom. lib. III, Tit. 22 (Op. omn. Vol. IV, ediz. Genev. 1746).
HELMOLT — Verhältniss d. Except. z. Beweislast, p. 253 e segg.
HEPP — Des oblig. litt. en Dr. Rom. (Strasb. 1864).
HOLTZENDORFF — Rechtslexicon alla voce « Dolus in Civilrecht » (articolo di Eck) p. 551 (3ª ediz. Leipzig, 1880).
HOMMEL — Rhaps. obs., 250.
HÖPFNER — Teoretisch-pract. Commentar., §§ 849 e segg. (8ª ediz. Frankfurt, 1818).
HUSCHKE — Die Lehre des röm. Rechts v. Darlehn. §§ IX-X (Stuttgart, 1882).
» Zeitschr. f. Civilr. u. Proz., XIV, p. 44 e segg. e XX, p. 168 e segg.
IHERING — Geist. des röm. Rechts auf den Versch. stuf. Entwickl., II, p. 581; III, p. 48-126, 149; IV, § 62 nota 181 (Leipzig, 1852-58).
» Zweck im Recht, I, p. 12 e segg., 156 e segg.
» Iahrbücher f. d. Dogm. des heutig. röm. u. deutsch. Privatrechts, II, p. 87-120, 454.
KARLOWA — De natura atque indole « συναλλάγματος ».
KELLER — Ein Beitrag zu der Lehre v. d. röm. Literalcontracts (nei Sell's Iahrb. für Bearbeit. des röm. Rechts, I, 9).
» Pand. §§ 92, 243, 298 (Leipzig, 1866).
» Krit. Iahrb., XXII, p. 481 e segg.
» Il processo Civile Romano e le azioni, traduzione del FILOMUSI-GUELFI, §§ 33-36 (Napoli, 1872).
» Iahrb. für gem. Recht, IV, 11.
» Grundriss z. Vorles. über Instit. u. Antiquit. des röm. Rechts § 125 (Leipzig, 1861).
KEYSER — Apud ZANGERUM in Tractatu de except., II, p. 71.
KOCH — Das Recht der Forderungen, III, § 254 (2ª ediz. Berlin, 1858-59).
KRAUT — De argentariis et nummulariis, p. 91 e segg. (Göttingen, 1826).
KRUEGER — d. prozessualische Consumption u. Rechtskraft des Erkenntnisses (Leipzig, 1864).
» Bemerkungen z. von BETHMANN-HOLWEG's Civilprozess (Zeitschr. für Rechtsgeschichte, VII, p. 219 e segg.).
LAUTERBACH — Collegium th. pr. Pand., §§ 56, 63-69 (Tubing., 1784).
LENEL — Ueber Ursprung u. Wirkung d. except., p. 115 e segg. (Heidelberg, 1876).
LEYSER — De contract. qui in scriptura fiunt (Viteb. 1862).

LEYSER — Meditat. ad Pand., Sp. 175, Sp. 523 (Brunswich, 1772-81).
LIEBE — Die Stipulation und d. einfache Versprechen, specialmente p. 19-26, 91, 220, 378 e segg. (Brunswich, 1840).
» Zeitschr f. Civilr. u. Proz., XV, p. 63-71 e segg. 197-212.
LINDE — Lehrb. der Civilpr. §§ 236, 277.
LUDOVICI — Doctr. Pand., ad tit. De Rebus Cred. § 21.
MADIHN — Ad MENKEN doctr. de act., p. 297, nota 918.
MAIER — De vera except. non num. pec. indole (Wirceb. 1817).
MANNA — Saggi sulle obbligazioni in solido in Diritto Romano I. (Roma, 1885).
MAREZOLL — In Löhr's Magazin fur Rechtswiss. und Gesetzgebung, IV, Heft. 2, n. XIX, p. 386-392.
» Zeitschr. f. Civilr. u. Proz., III, 14, p. 258 e segg.
MAYNÇON — De l'except. de dol en dr. Rom. (Paris, 1884).
MAYNZ — Elém. de dr. Rom., II, §§ 329-330 (Bruxelles, 1859).
MAYNZ — Cours de dr. Rom., II, §§ 247-248, p. 363-370 (4ª ediz. Bruxelles, 1877).
MAXEN — Ueber Beweislast Einreden u. Exceptionen (Göttingen, 1861).
MENCKEN — De action., II, 2, m. 12, § 15, n. 5.
» De vera indole liter. oblig. et exc. non num. pec. (in opusc. n. 13).
MEURER — Iurist. Abhandl. und Beobacht, n. 2, p. 27 e n. 3, pag. 99 e segg. (Leipzig, 1780).
MILONE — La exceptio doli generalis p. 6, 59-64, 82-86, 156 (Napoli, 1882).
MUEHLENBRUCH — Doctrina Pand., §§ 164, 343, 376-378.
» De vera origine, vi, ac indole stipulationis (Heidelb. 1805).
MUENCHEN — Cicero pro Roscio Comm., p. 15-30 (Col., 1829).
NAMUR — Cours d'Instit. et d'Hist du Droit Rom., II, § 312 (Gand, 1861).
NEBBENS — De liter. obligat. (Ultraject. 1737).
NOODT — De forma emendandi doli mali (Opera omnia ediz. Lugduni Batav. 1735, Vol. I, pag. 351-383).
OSENBRÜGGEN — Zur Interpretat. des Corp. jur. civ. cap. 2 (Kiel, 1842).
ORTOLAN — Explic. hist. des Instit., II, Lib. III, tit. 21, §§ 1414-1441 (11ª ediz. Paris, 1880).
PAGENSTECHER — De liter. obligat. (Heidelb. 1851).
PERNICE — M. A. Labeo, II, p. 95-96, 112-143 (Halle, 1878).
PFEIFFER W. — Vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutsch. u. röm. Privatrechts, p. 126 e segg., 152-155 (Marb. 1803).
» Pract. Ausführ., II, p. 146-167, 262 (edit. 1828).
PFORDTEN — Abhandl., p. 234, 286, 291, 300 (Erlangen 1840).
PUCHTA — Cursus der Instit., I, §§ 100, 112-113; II, §§ 170, 185; III, §§ 269, 271-273, 276 (Leipzig, 1853-54).
» Pand., §§ 94, 304-305 (Leipzig, 1866).
» Vorlesungen üb. d. heut. röm. Rechts, II, p. 151 e segg. (Leipzig, 1854-55).
PUFFENDORFIO — Observ. jur. univ., I, obs. 64.
REIN — Das Privatr. d. Römer, p. 677-700 (2ª ediz. 1858).
REINHARDT — Verm. Aufsätze aus d. Gebiete der rein. u. angewandt. Rechtswiss., I, p. 33 (Stutt. 1822).

Richeri — Univ. civ. et crim. Iurisprud., lib. III, tit. XV, §§ 2267-2289, t. III, p. 1-8 (Venetiis, 1841).

Romanus — De stipulat. (Lips., 1752).

Roemer — Die bedingte Novat. nach d. röm. u. heut. gem. Recht. p. 3, 14, 55 (Tübing. 1863).

» Die Beveislast bezüglich d. Irrthums, p. 55.

» Arch. f. civilist. Prax., XXXVI, 89 e segg.

Rudorff — Zu Puchta's Pandekten, § 257, nota 4; § 257 h. nota 9.

Salpius — Novat. und Delegat. nach röm. Recht, §§ 15-16, p. 287-310, 314, 322, 336, 482, 502-504 (Berlin, 1864).

Savigny — Über den Literalcontract der Römer (Abhandl. der Berl. Akad. (1819)).

» Obligationenrecht, I, p. 78, 178; II, p. 202, 265 (Berlin, 1851-53).

» Verm. Schrift., I, p. 205-261; II, p. 355, 396 e segg.; III, p. 429, 459 (Berlin, 1850).

» Syst. des heut. röm. Rechts, III, § 130; V. §§ 207 d., 226-230 ed App. XIV, n. 9; VI, p. 127 e segg.; VII, p. 80 (Berlin, 1840-48).

Scheurl — Beiträge z. Bearbeit. d. röm. Rechts, II, 14 (Erl. 1871).

Schilling — Lehrb. für Institutionen und Gesch. der röm. Privatr., III, p. 284-327 (Leipzig, 1846).

Schilter — Prax. jur. rom. ex 22, § 32.

Schlesinger — Zur Lehre v. den Formalcontracten und der Querela non num. pec. Zwei Abhandl. specialmente th. I, §§ 4-6; th. II, §§ 1-3, 6-17 (Leipzig, 1858).

Schlossmann — Besitzerwerb durch Dritte, p. 122 (Leipzig, 1881).

» Zur Lehre v. d. causa obligatorischer Verträge, p. 6 e segg. (Breslau, 1863).

Schmidt — Cic. pro Roscio Comm p. 14-21 (Iena, 1839).

» Krit. Iahrb., X, p. 875; XII, p. 31 e segg.

Schrader — In edit. Instit. Iust. tit. de lit. oblig. (Berlin, 1832).

Schueler — Die liter. oblig. des alteren röm. Rechts (Breslau, 1842).

Schupfer — Il diritto delle obbligaz. secondo i princ. del D. Rom. p. 315-325 (Padova, 1868).

Sell — De exceptionum usu, qui legis actionum tempore fuerit Comment. (Bonnae, 1867).

» ('S) Jahrbücher. f. Hist. u. dogm. Bearbeit. d. röm. Rechts., II, 183. Per altri scritti inseriti in questi Iahrb. V. citaz. sotto i singoli Autori.

Serafini — Istituz. di D. Rom., §§ 38, 130-131 (3ª ediz. Firenze, 1881).

Seuffert — Archiv. f. Entscheid. d. oberst. Gerichte in d. deutsch. Staaten, I, 335; II, 45, 234; III, 216, 225, 395, 397; IV, 30, 173, 178, 261; V, 115, 244, 274-276; VI, 19, 26, 178-179; VII, 169; VIII, 168, 250; IX, 26, 69, 223; X, 38, 107, 254; XI, 189; XII, 262; XIV, 17; XVI, 107, 255; XVII, 162, 180; XX, 125; XXIV, 119; XXV, 125; XXVI, 127; XXVII, 234.

» Pand. § 311 nota 8 e 12.

Sintenis — Von der prozessual. Natur der Exc. non num. pec. u. indebiti cauti (Sell's Iahrb., I, 6, p. 254 e segg.).

SINTENIS — Pract. gem. Civilrecht. II, § 96, note 42, 44, p. 260-272, § 108, p. 346 nota 73; III, § 133, n. 36 (Leipzig, 1844-51).

» Zeitschr. f. Civilr. u. Proz., XVII, p. 279.

SPALTENSTEIN — Das specifisch jurist. Geschäft, p. 33, 99, 130, 144, 149.

STRYKIO — De cautel. contr., II, 2, § 11.

TAUDIÈRE — Des Argentarii en dr. Rom. (Poitiers, 1884).

TELLER — De exc. non num. pec. (Lipsia, 1773).

THIBAUT — System d. Pandekten-Rechts, §§ 558, 666 e 687 (Iena, 1834).

THÖL — Handelsr., I, Aufl. 3, § 85, p. 358.

» Entscheidungsgründe des O. A. G., der vier Fr. St. n. 70, p. 82 e segg.

THON — Zur Lehre v. den in factum actiones (Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, II, p. 239-310).

TIRAQUELLO — Instit., III, part. 7, n. 34.

UNGER — Die rechtl. natur der Inhaberpapiere, p. 65, 100 e segg.

» System, II, § 96 note 17-19, § 125 nota 24 (Leipzig, 1859).

UNTERHOLZNER — Entwickelung d. gesetzl. Verjährungslehre, II, p. 35 e segg. (Leipzig, 1828).

» Ueb. d. exc. n. n. p. (Arch. f. d. civilist. Prax., VII, 1).

» K. A. D. Lehre d. röm. Rechts v. d. Schuldverhältnissen Hrsg. v. Huschke, I, § 20; II, §§ 225-227, 231 (Leipzig, 1840).

VANGEROW — Lehrbuch der Pand., I, §§ 139, 155, 167 testo e note; III, §§ 623, 625, 661 (Marburg, 1863-69).

VAN-WETTER — Cours élém. de Dr. Rom., II, §§ 360, 364 (Gand, 1871, 2ª ediz.).

VINNIO — In quat. libr. Instit. Imper. Comment., II, p. 734-739 (Venet., 1754).

» Selectae Iuris quaest., Lib. I, quaest. XLI, p. 281-284 (Venet., 1736).

» Partitiones juris, lib. III, c. 50, pag. 385-387 (Venet., 1736).

VOET — Comm. ad Pand. ad tit. De pactis, nn. 30-31 e ad tit. de doli mali et met. except., nn. 1-2, 5-8.

VOELDERNDORFF — « Sind die mod. Einrede u. die röm. Exceptio ihrem Begriffe nach verschieden? und was ist d. Grund hiervon? » (Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. n. f., XI, pag. 290 e segg.).

VULTEIO — De Iudiciis, lib. II, cap. VII, n. 626 e segg.

VYBO — De liter. oblig. (Traject. ad Rhen. 1737).

WAECHTER — Doctr. de cond. causa data causa non sec., p. 39 e segg. (Tubingae, 1822).

WALCH — Introd. in controv. iur., III, 4, Membr. 3 e Controv. iur., p. 583.

WALTER — Röm. Rechtsgeschichte, II, §§ 568-574, 593, 670.

WARNKOENIG — Comment. juris priv. Rom., I, p. 309 (Teodii, 1825).

WENING-INGENHEIM — Lehrb. des gem. Civilrechts, II, p. 643 (Münch, 1827-38 ed. 3ª).

WERNHER — Observ. for., I, 6 (Francof. 1779).

WETZELL — System d. Civilproc., § 16, § 22 testo e nota 35 (Leipzig, 1865).

WINDSCHEID — Pand., I, § 47 note 1, 2, 7; II, parte II, § 263 nota 4; § 284 nota 7; § 284 a. nota 9; § 312 nota 2; § 318 testo e nota 4; § 354 nota 2; § 357 note 7 e 9; § 372, 426, 429 nota 2 (Düsseldorf, 1866).

» Lehre von der Voraussetzung, p. 189 e segg., 196-202 (Düsseldorf, 1850).

Windscheid — Krit. Vierteljahresschr. v. Pözl, I, p. 109 e III, 109-114, 126, 437.
Wirth — Ueber das leitende Princ. der Beweilast, u. Einreden in Civilproc. (Erlang. 1852).
Witte — Bereicherungsklagen d. gem. Rechts, p. 190-255 (Halle, 1859).
» Krit. Vierteljahresschrift., VI, p. 45 e segg. e VIII, p. 169, 321.
Wunderlich — Diss. de antiqua lit. oblig. (Gött. 1832).
Zimmermann — Krit. Bemerkungen z. Eisele' s Schrift über d. mater. Grundlage der Exceptio Ein Beitrag, z. Exceptionslehre p. 14-17 (Giessen, 1872).
» Beiträge z. Theorie d. cond. indeb., n. 1.

I.

DEL CONTRATTO LETTERALE

§ 1.

L'OBLIGATIO LITERARUM DEL DIRITTO CLASSICO

SOMMARIO — 1. Opportunità d'un cenno sulle *obligationes literarum* dell'antico Diritto Romano — 2. Triplice ufficio giuridico della scrittura — 3. Oscurità della materia fino al discoprimento del Manoscritto di Gaio. — 4. Stato attuale della scienza sull'argomento — 5. Dei *nomina transcripticia* — 6. Se i *nomina transcripticia* potessero esser fonte d'obbligazione per i *peregrini* — 7. Delle origini dei *chirographa* e delle *syngraphae* — 8. Carattere di questi documenti — 9. Decadenza delle *syngraphae*. Persistenza *dei chirographa* trasformatisi.

1. *La exceptio non numeratae pecuniae* non appare nel periodo classico del Diritto Romano. È però un fatto innegabile che la scrittura nella sua funzione creativa di obbligazione subì a mezzo di quell'istituto una influenza modificatrice, la quale, senza potersi appellare profonda, come assevera l'*Ortolan* (1), fu tuttavia sensibile, per quanto a produrre siffatto risultato concorressero eziandio altre circostanze di tempi e di contingenze mutate. A questa conclusione è d'uopo pervenire, qualunque sia la teoria, cui sull'obbligazione letterale del nuovo Diritto ci si voglia appigliare; e cioè sia la teoria dello *Gneist* e seguaci intonata tutta ad esagerare il vigore e la applicabilità della *exc. n. n. p.* per indurne uno scapito alla efficacia della scrittura fino a negarne assolutamente la capacità di dar vita ad una obbligazione, sia la

(1) Ortolan, *Explication historique des Institutes de Justinien sur le tit. De literarum obligatione* (3, 22).

teoria diametralmente opposta e di scopo inverso del *Baehr* e confautori; sia infine la teoria ancor più radicale che, a sostegno della potenza della scrittura, propugneremo noi svolgendola a suo tempo. A vie meglio lumeggiare la parte sostenuta più tardi dal nostro istituto sulla scena della scrittura, occorre esaminare questa nella sua funzione creativa di obbligazione del periodo classico, occorre cioè studiare brevemente l'*obligatio literarum* dell'antico Diritto Romano. Ciò del resto forma anche parte integrante del tema che ci siamo proposti di trattare; ed è quindi un doppio senso di opportunità che ci impone lo svolgimento di codesto punto importante.

2. La scrittura che, com'è noto, fu usitata fin dai più antichi tempi in Roma (1), vi ebbe rispetto ai contratti un triplice ufficio giuridico: *a)* sua prima funzione si fu quella di farne la *prova*, di conservare, cioè, le deliberazioni manifestate dalla volontà e di renderle più sicure per la testimonianza. L'uso di redigere in iscritto le *stipulationes*, di natura propria contratti verbali, come meglio vedremo fra poco, divenne, col progredire dei tempi, sempre più frequente, ed il documento scritto *(instrumentum, cautio, scriptura, libellus, chartula)* servì a provare l'obbligazione in esso dichiarata (2). *Giu-*

---

(1) Le parole usate a significarla furono *exarare, scribere* e *linere;* donde *litera.* L'uso della scrittura presso i Romani rimonta alle epoche più remote, essa serviva per ogni genere di atti, pei *foedera regum,* pei libri dei Pontefici, pei libri domestici, pei giudizi ecc. Vedasi in proposito MOMMSEN, *Histor. Rom.* lib. I, cap. 14; MODESTOW, *Der Gebrauch der römischen Königen;* BURCHARDI, *Il sistema e la storia del Diritto Romano,* Vol. I, p. 122; WALTER, *Geschichte des römischen Rechts,* § 670; BUONAMICI sulle *literarum obligationes,* § V (*Arch. Giurid.* XVI, fasc. I). Le materie, che servivano alla scrittura, erano tavole incerate, papiri, membrane e carte di diversissime specie. La denominazione generica, sotto cui si comprendevano tutte le maniere e forme di libri e di carte, era *tabula seu tabulae.* Sulle numerose applicazioni di questa parola Cfr. BUONAMICI, *monogr. cit.* § V, p. 10-11.

(2) La scrittura impiegata come prova è d'uso antichissimo. I Babilonesi sembra siano stati i primi ad impiegare la prova letterale, che s'estese poi agli Ebrei; troviamo infatti nelle Sacre Scritture che l'atto del divorzio (DEUTER. cap. 2, v. 1) e le genealogie (ESDRAS, lib. 9, 62) si costituivano per iscritto. Si riscontrano ancora nella Bibbia altri passaggi che permettono di supporre che ad una certa

stiniano accrebbe vieppiù l'importanza giuridica della scrittura statuendo che, se usata in una *stipulatio*, dovesse avere piena fede, e le cose in quella asserite avessero a ritenersi per vere fino a limpida dimostrazione contraria (1). In questa funzione evidentemente la scrit-

---

epoca gli Ebrei avessero presa l'abitudine di constatare per iscritto i contratti di matrimonio e di donazione (Tobia, cap. 7 e 8). In Egitto la scrittura fu dapprima applicata ai monumenti di diritto pubblico e di diritto internazionale e non fu che più tardi che venne impiegata nelle semplici relazioni di diritto privato. Una legge di Bocchoris imponeva che il mutuante esiger dovesse un riconoscimento per iscritto della somma prestata: se il creditore trascurava di prendere questa precauzione bastava al debitore per essere esonerato del suo debito di dichiarare con giuramento che egli nulla aveva ricevuto in prestito (Diod. C. 1, § 79). Presso i Greci la legislazione ateniese era la sola che presentasse qualche interesse su questa materia. Si comprende che a Sparta, dove le istituzioni erano così sfavorevoli al commercio, l'uso della scrittura fosse poco frequente. Plutarco ci racconta che Licurgo proibì perfino di scrivere alcuna delle sue leggi, pretendendo che quelle sole erano osservate, che erano impresse nei costumi e negli animi dei cittadini. Ma ad Atene, dove il commercio e le arti presero delle proporzioni così considerevoli, si ammise ben presto la scrittura come prova delle convenzioni. Si distinguevano gli atti in pubblici e privati, e questi ultimi in chirografi e singrafe, a seconda che erano sottoscritti da una sola o da ambe le parti. — A Roma per gran tempo ebbe vigore sola la prova testimoniale contornata di solennità e di gesti simbolici atti a colpire lo spirito degli assistenti ed a venire in aiuto ai ricordi dei testimoni. Onde della prova letterale non si fa parola nelle Dodici Tavole, nè siffatta prova venne a prendere posto nella procedura, se non sotto gli Imperatori e sempre in un rango secondario di fronte alla prova testimoniale. Più tardi sembra che la prova letterale in materia pubblica prendesse forza e superasse la prova testimoniale, tanto che Marcello ci insegna che il Senato ai tempi di Adriano aveva dato ai monumenti pubblici una marcata superiorità sui testimoni: « *Census et monumenta publica potiora esse testibus Senatus censuit* ». Questa regola posta ai tempi di Adriano sembra abbia durato durante tutta la decadenza dell'impero d'Oriente; Cujacio infatti (ad tit. 20 *de testibus* Cod. 4, 20) fa notare che l'Armenopulo l'invoca nel libro I, tit. 6 del suo *promptuarium juris civilis*. Circa alla scrittura considerata nella sua funzione di prova Cons. Dérome, *Preuve littérale et preuve testimoniale* (*Revue de législat.* 1849); Faure, *De la preuve littérale*, p. 6-9; Baehr, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, § 34; Huschke, *Die Lehre des röm. Rechts v. Darlehn*, § IX, pag. 92 e segg.

(1) Const. 14, Cod. *De contrah. et comm. stipul.* (8, 38). — Cons. Doveri, *Istit.* II, pag. 130; Buonamici, *monogr. cit.* § VIII.

tura non dava affatto origine all'obbligazione, perocchè questa preesisteva e viveva indipendentemente dalla scrittura, che non faceva altro che meglio accertarla. *b)* Altro ufficio della scrittura si fu quello d'essere *condizione del consenso delle parti;* e si verificava quando le parti avessero convenuto di apporre, qual condizione alla perfezione del contratto fra loro stipulato, la redazione in iscritto del medesimo (1). Anche in questo secondo caso, se è pur vero che il vincolo obbligatorio non sussisteva fino a che la scrittura non fosse redatta (2); tuttavia non era già la scrittura, ma bensì il consenso che dava vita all'obbligazione (3). *c)* Terzo ufficio, infine, della scrittura si fu di essere essa la vera *causa* dell'obbligazione. La scrittura, come forma sostanziale del contratto e *causa* civile del *vinculum juris* non poteva essere, come ben osserva il *Buonamici* (4), che una cosa eccezionale, giacchè le rigorose solennità delle convenzioni romane, le parole sacramentali, i fatti manifesti e rilevati, da cui soltanto originavano i diritti e gli obblighi, impedivano che la forma letterale fosse regola generale per molte obbligazioni. Questa forma adunque entrò nell'uso come una eccezione al rigoroso diritto civile, e ciò in vista delle comodità, che offriva in certi casi. In quest'ultima funzione la scrittura

(1) Quando lo scritto adempieva quest'ufficio occorreva che fosse messo in pulito (*in mundum*); perocchè la brutta copia (*scheda*) non era considerata che come un semplice progetto. Ciò risulta dal c. 17, *Cod. De fide inst.* (4, 21): «... *Transactionum etiam, quas in istrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta...* ». Occorreva ancora che lo scritto contenesse la firma ed il sigillo delle parti «... *subscriptionibusque partium confirmata...* » — Cons. Arndts-Serafini, *Pandette*, II, § 232.

(2) Infatti, fino a che il contratto non era disteso in scritto colle volute formalità, ciascuna delle parti poteva liberamente recedere dal contratto stesso: «... *Donec enim aliquid deest ex his et pœnitentiae locus est, et potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione et venditione...* ». (princ. *Inst. de empt. et vendit.* 3, 24).

(3) Cons. Vinnio, *In quatuor libr. Institut. Imper. Comm., ad tit. De oblig. ex cons. princ.* 3, 23; Doveri, *Istituz.* pag. 135-136; Huschke, *op. cit.* § IX, pag. 94; Molitor, *Les obligat. en Droit Romain etc.* I, n. 50-51.

(4) Buonamici, *Monogr. cit.* § IX.

era il fatto esclusivamente generatore del *vinculum juris*, che sussisteva in essa e per essa (1).

3. La materia degli antichi contratti letterali *(literarum obligationes)* ha dato luogo a gravissime difficoltà, a causa degli scarsi accenni che se ne hanno nei testi. Il Digesto è pressochè muto su questo punto (2), il Codice non vi allude che in modo indiretto nel titolo *De non num. pec.*, e le Istituzioni non contengono in proposito che un Capitolo intitolato *De literarum obligatione*, il quale, a dir vero, sempre in ordine all'antico contratto letterale, non può dirsi assolutamente decisivo. Quel che abbiamo in proposito di più preciso si riduce a sei paragrafi del terzo Commentario di *Gaio*, ed al § 329 dei *Fragmenta Vaticana*, ove si dice che l'*expensilatio* non può aver luogo sotto condizione. Per queste ragioni gli scrittori di diritto romano, fino a che non vennero ritrovati i Commentarii di *Gaio* (3),

---

(1) La scrittura, come *causa*, non dava campo che ai contratti *literis*, cosicchè non è a confondersi questo suo terzo ufficio con quello che rifletteva certi contratti, pei quali era prescritto l'atto scritto; chè in questi casi il contratto sussisteva indipendentemente dalla scrittura, la quale non faceva che constatarlo e provarlo in caso di contestazione fra le parti. Tale era il caso dell'ingenuità che non poteva essere provata che per iscritto: « *Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam et instrumentis et argumentis quibus potes. Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt* » (c. 2, *Cod. De testibus* 4, 20). L'istesso valeva per la legittimazione (§ 13, *Inst. De nuptiis* 1, 10; *Nov.* 74 ed 89); per l'adozione (§ 3, *Inst. De adopt.* 1, 11; c. 2, Cod. *De adopt.* 8, 48); per l'emancipazione anastasiana (c. 5, *Cod. de emancip.* 8, 49); per l'affrancazione nelle Chiese e per il ripudio. Alcune costituzioni imperiali statuirono anche per la dotazione che dovesse essere insinuata *actis intervenientibus*, e cioè menzionata nei registri tenuti dal giudice.

(2) Non però totalmente. Basti citare pel Digesto il testo, che SAVIGNY (*System.* V, App. XIV, n. 9) ben dice esser traccia certa dell'esistenza e dell'efficacia dell'antica *literarum obligatio*, e cioè la L. 1 di Pomponio *de ann. leg.* (33, 1) che suona: « *cum in annos singulos quid* LEGATUM SIT... *sicuti* EX STIPULATIONE *aut* NOMINE FACTO *petatur* »; ivi il pareggiare il *nomen* al *legatum* ed alla *stipulatio*, efficienti di indubbia obbligazione di stretto diritto e forniti di *condictio*, dà la certezza, oltrechè dell'esistenza, dell'efficacia del *nomen*, qual forma di obbligazione.

(3) V'erano bensì anche avanti la scoperta dei commentarii di GAIO le spiegazioni storiche fornite da TEOFILO in quell'importantissimo passo della sua Parafrasi,

— se si eccettui *Savigny* che divinò la materia ancora prima di siffatto discoprimento (1) — andarono barcamenando tra varie e disparate opinioni, e, come dice *Eineccio: « quem potissimum sequaris vix adparet »* (2). E ci fu persino, come assevera lo stesso *Eineccio*, chi volle

---

che merita di essere qui riportato nella esatta traduzione dettatane dal Reitz: « *Post obligationem aut re, aut verbis contractam, dicamus de literarum obligatione. Literarum autem obligatio olim hanc recipiebat definitionem: literarum obligatio est vetus debitum per verba et scripta solemnia transformatum in novum creditum. Nam si quis centum mihi aureos debeat ex emptione, vel locatione, vel mutuo, vel stipulatione (multae autem sunt debitorum causae) egoque hunc vellem literis obligatum mihi reddere, necesse erat solemnia verba dicere et scribere ad eum quem literis obligare mihi volebam. Erant autem haec verba quae et dicebantur et scribebantur: Centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes tu ex conventione et confessione literarum tuarum dabis? Deinde adscribebatur ab eo qui jam ex locatione obligatus esset, haec verba: ea conventione debeo literarum mearum. Et prior obligatio extinguebatur, nova autem, idest literarum, nascebatur. Haec vero, ex eo quod in scriptis consisteret, appellationem accepit* ». Inoltre il sunto di Gaio contenuto nel *Breviario di Alarico* conteneva anch'esso qualche indicazione; così pure parecchi accenni significantissimi si notavano negli scrittori antichi, come ad esempio, in Plauto, in Orazio, in Plinio, in Seneca, in Aulo Gellio, in Valerio Massimo, ed in ispecie in Cicerone col suo annotatore Asconio Pediano; ma erano notizie poco certe e si esitò a prestarvi fede, fino a che la scoperta del Manoscritto di Verona non venne a dileguare ogni dubbio.

(1) Col suo profondo acume giuridico il Savigny intuì la materia dell'antico contratto letterale ancora prima che il discoprimento del Manoscritto di Gaio venisse a dilucidarla ed a renderla positiva. Egli infatti lesse all'accademia di Berlino il 14 novembre 1816 una memoria « *über den Literalcontract der Römer* », in cui l'argomento era di già maestrevolmente intravisto. Scoperte poi le Istituzioni Gaiane ed avutane il Savigny comunicazione manoscritta, innanzi che ne uscisse la descrizione del Goeschen (1817), scrisse nel luglio 1818 un'aggiunta a quella memoria, e tanto questa quanto l'aggiunta furono nel 1819 pubblicate negli Atti dell'Accademia di Berlino *(Abhandlungen)* per gli anni 1816, 1817. La prima memoria con alcune piccole aggiunte e con un'appendice scritta nel 1849 fu poi dallo stesso Autore ripubblicata nell'opera *Vermischte Schriften* (vol. I, n. IX, pag. 205-261). Sulla materia il Savigny tornò poi nel suo *System* (III, § 130; V, § 226-230; VI, p. 126 e segg., e specialmente V, app. XIV n. 9).

(2) *Antiquit. Rom.* lib. III, tit. 22 (*Opera omnia*, vol. IV, Genev. 1746).

sostenere che questi contratti altro non fossero che una pretta invenzione degli Imperatori; invenzione priva di base e di riscontro nell'antico diritto. Ma però modernamente per menzionare i principali, primo il *Savigny*, il *Keller*, il *Mencken*, il *Gans*, il *München*, il *Meurer*, l'*Hanlo*, il *Wunderlich*, il *Walter*, lo *Schmidt*, lo *Schüler*, lo *Schilling*, il *Danz*, lo *Gneist*, il *Pagenstecher*, l'*Einert*, l'*Heimbach*, il *Rein*, il *Vangerow*, il *Windscheid*, l'*Endemann*, il *Brinz*, l'*Arndts*, il *Cropp*, il *Liebe*, il *Sintenis*, l'*Unger*, l'*Unterholzner*, il *Baehr*, lo *Schlesinger* e l'*Huschke* in Germania (1); l'*Ortolan*, il *Gide*, il *Demangeat*, l'*Hepp*, il *Gaillard*, il *Faure*, il *Dérome* ed il *Cauchetier* in Francia (2); il *Maynz*, il *Van-Wetter*, il *Namur* nel Belgio (3); e presso di noi il *Doveri*, lo *Schupfer*, il *Serafini*

---

(1) KELLER, *Beitrag zu der Lehre v. dem röm. Literalcontr.* (nei *Sell's Jahrb.* I, p. 93-115); PUCHTA, *Instit.* III, § 269 e *Pand.* § 305; MENCKEN, *De vera indole liter. oblig. et exc. n. n. p.*; GANS, *Scholien*, p. 419-427; MÜNCHEN, *Cic. pro Roscio Comm.* p. 15-30; MEURER, *Jur. Abh.* n. 3, p. 99 e segg.; HANLO, *De nom. oblig.*; WUNDERLICH, *De ant. lit. oblig.*; WALTER, *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 234 e segg.; SCHMIDT, *Cic. pro Roscio Comm.* p. 14-21; SCHÜLER, *Die literar. oblig. des älteren R. R.*; SCHILLING, *Pand.* p. 317-327; DANZ, *R. G. H.* p. 109-121; GNEIST, *Die formellen Verträge des neuren röm. Obligationenrechts*, p. 321-514; PAGENSTECHER, *De liter. obligatione*; EINERT, *Wesen u. die Form d. Literalcontr.* (*Zeitschr v. Tauchnitz.* XI, pag. 1-109); HEIMBACH, *Lehre v. Creditum*, p. 309-370; REIN, *Das Privatr. der Römer*, p. 677-700; VANGEROW, *Pand.* I, § 139 p. 225; WINDSCHEID, *Pand.* II, § 312 nota 2; ENDEMANN, *Progr. de chirogr. et exc. n. n. p.*; BRINZ, *Pand.* I, § 100; ARNDTS nella *Münch. Krit. Ueberschau*, IV, p. 230-235; CROPP negli *Heise und Cropp Jurist. Abh.* I, n. 18; LIEBE, *Die Stipulation etc.*, p. 24 e segg.; SINTENIS nei *Sell's Jahrb.* I, p. 268 e segg.; UNGER, *Inhaberpapiere*, p. 100; UNTERHOLZNER, nell'*Arch. für civ. Prax VII*, p. 22 e segg. (1827); BAEHR, *op. cit.* § 6 p. 21, § 29 p. 114, § 57 p. 251 e segg.; SCHLESINGER, *Lehre v. d. Formalcontr. etc.* parte I, § 6 p. 67 e segg.; HUSCHKE, *op. cit.* § IX, pag. 94, nota 2, e pag. 98 (testo e note 1, 2) e segg.

(2) ORTOLAN, *loc. cit.*; GIDE, *Observations sur le contrat. lit.* (*Revue de législat. anc. et mod.* 1873, II Livrais. p. 122); DÉMANGEAT, *Cours élém. de Dr. Rom.* II, p. 228 e segg.; GAILLARD, *Des obligat. littér.*; FAURE, *op. cit.* p. 13 e segg.; DÉROME, *op. cit.*; CAUCHETIER, *Des obligat. littér. en Dr. Rom. etc.*; HEPP, *Des oblig. littér. en Dr. Rom.*

(3) MAYNZ, *Cours de Dr. Rom.* II, § 247, *Élém. de Dr. Rom.* § 329; VAN-WETTER, *Cours élém. de Dr. Rom.* II, § 360; NAMUR, *Cours de Instit. et d'Hist. du Dr. Rom.* II, § 312.

ed il *Buonamici* (1), appoggiandosi principalmente sui Commentarii di *Gaio,* gettarono una viva luce sulle *literarum obligationes,* delle quali vennero ad accertare la indubitata esistenza nel classico diritto, salvo a discordare poi fra di loro sull'esistenza o meno del contratto letterale nei tempi posteriori.

4. Un breve cenno sullo stato attuale della scienza intorno all'argomento non sarà inutile nè inopportuno. Il *Gide* (2), uno dei più recenti scrittori in proposito, così si esprime: « Io credo di dimostrare ancora una volta una verità, che *Savigny* mise in luce da oramai più d'un mezzo secolo, e che sembra oggi acquisita alla scienza; cioè che il contratto *literis* degli antichi Romani consisteva in una iscrizione fatta su di un *Codex,* vale a dire su di un libro di conti regolarmente tenuto ». Viene così ad ammettersi che fonte esclusiva dei contratti *ex literis* fosse la scrittura sui libri domestici (3). Ed ecco in che questi consistevano. Ciascun padre di famiglia romano soleva notare giorno per giorno tutte le sue entrate ed uscite, e cioè tutti i pagamenti e le riscossioni fatte, prima in uno scartafaccio detto *adversaria* (4); poi ogni mese ne faceva lo spoglio e riportava diligentemente le par-

---

(1) DOVERI, *Istit. di Dir. Rom.* II, n. 321-326; SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni,* pag. 315 e segg.; SERAFINI, *Istit. di Dir. Rom.* § 130; ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* II, § 232 testo e nota 6; BUONAMICI, *Monograf. cit.*

(2) GIDE, *op. cit.*

(3) WALTER, *op. cit.* Lib. III, cap. III, § 572; KELLER, *Grundriss z. Vorlesungen über Instit. und. Antiquit. des Römischen Rechts,* § 125; HEPP, *Des obligations litt.* I, 8.

(4) *Gli adversaria* erano così detti o perchè le loro carte erano scritte da due parti *(opistographa),* o perchè a tergo (*adversa pars* contenente l'uscita) si scriveva più frequentemente, o perchè tutto vi era riportato alla rinfusa, o, finalmente, perchè s'aveva questo libro sempre per le mani « *adsidue observabatur* ». Quel ch'è certo si è che gli *adversaria* si tenevano più negligentemente del *Codex,* e la differenza di tenuta è notata da CICERONE (*Pro Roscio, Com.* c. 3, § 2): « *Quid est quod negligenter scribamus adversaria? Quid est quod diligenter conficiamus tabulas? qua de causa? quia haec sunt menstrua, illae sunt aeternae; haec delentur statim, illae servantur sanctae; haec parvi temporis memoriam, illae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur; haec sunt dejecta, illae in ordinem confectae. Itaque adversaria in judicium protulit nemo; codicem protulit, tabulas recitavit.* » Ne risultava, come

tite di dare e di avere in un libro detto *Codex* o *Tabulae accepti et expensi.* Questo constava di due rubriche (1), l'una delle quali era destinata all'avere *(expensum)*, l'altra al dare *(acceptum)* (2). L'*expensum* corrispondeva all'*avere*, in quanto il *paterfamilias* vi segnava il denaro sborsato e di cui restava in *credito;* l'*acceptum* corrispondeva al *dare* in quanto il *paterfamilias* vi segnava il denaro ricevuto e di cui restava in *debito.* Allorquando il *paterfamilias* riscuoteva, segnava il nome *(nomen)* (3) della persona che aveva pagato il denaro e la somma riscossa all'*acceptum (acceptum ferebat)*, ed allorquando pagava o prestava il denaro segnava il *nomen* della persona, a cui lo sborsava, e la somma sborsata all'*expensum (expensum ferebat)* (4). Poteva accadere che per nuove combinazioni, o per facilitare i pagamenti, *i nomina* si trasportassero dalla rubrica dell'*acceptum* in quella dell'*expensum* o viceversa. Allora, secondo l'opinione della moderna scuola, questi *nomina* prendevano la qualità e l'appellativo di *nomina transcripticia.* Le iscrizioni o trascrizioni così effettuate sul *Codex* servivano per lo più come mezzo di prova; la scrittura adempiva soltanto in questo caso al primo degli uffici sopra accennati (5).

---

osserva CICERONE, che gli *adversaria* erano sforniti di autorità e di qualsiasi credito giuridico, mentre le *tabulae* formavano in giudizio degli elementi di prova degni di fede (V. anche CICERONE, seg. § 2 cit. e *pro Cluentio,* § 30). Cons. BUONAMICI, § XXX; ORTOLAN, *loc. cit.*

(1) V'era poi in genere una terza rubrica che talora formava anche un registro a parte, e che conteneva la menzione dei crediti attivi ed interessi pagabili ad un'epoca determinata, e dicevasi *Kalendarium,* perchè, secondo il DE FRESQUET (*Traité de D. R.* II, p. 156), le scadenze avevano luogo alle calende di ciascun mese. Sul *Kalendarium* v'ha un notevole scritto del prof. HECHT dell'Univ. di Heidelberg: « *Die Kalendarienbücher v.* Dr. F. HECHT, Heidelberg, 1868 », sul quale fece un accurato studio il compianto prof. PADELLETTI nell'*Arch. Giurid.* (IV. pag. 611). V. anche BUONAMICI, *Monogr. cit.* § XXXIII.

(2) PLINIO, *Istit. Nat.* II, c. 7.

(3) V. DIRKSEN, *Manuale latinitatis,* v. *nomen.*

(4) Sugli antichi registri domestici V. CICERONE, *pro Roscio Com.* c. 2, 3, 5; *in Verrem,* I, 23, 86; *pro Cluentio,* c. 14, 30. Cons. la dettagliata trattazione fattane dal SAVIGNY, *üb. d. Literalcontract. d. Röm. Mem. cit.*

(5) Le iscrizioni di cui qui si tratta ricevevano dai Romani una qualifica che, siccome osserva l'ORTOLAN (*loc. cit.*), ne esprimeva energicamente la natura: « *ar-*

Ma se accadeva che per un ordine certo di taluno, ed anche soltanto col di lui consenso, il *paterfamilias* avesse scritto nel suo *Codex*, che costui gli doveva per esempio cento sesterzi, senza indicare a che titolo o per qual ragione speciale, allora la sola iscrizione ordinata o consentita dava luogo al vincolo obbligatorio, e questo vincolo era appunto l'obbligazione nascente *ex literis;* ed il *nomen* acquistava l'epiteto di *transcripticium* dalla trascrizione che se ne faceva da una rubrica all'altra del *Codex*, od anche dall'*adversaria* al *Codex*. E come nella *stipulatio* bastava che alla interrogazione *dare spondes?* fosse risposto *spondeo*, perchè nascesse l'obbligazione, così nel con-

---

caria nomina », iscrizione, cioè, di' crediti derivanti dal forziere *(arca):* infatti dal forziere era uscita la somma e quindi era nata l'obbligazione. E però GAIO ha cura di dire che gli *arcaria nomina* non sono una specie di obbligazione letterale, che essi non servono a formare ma soltanto a provare una obbligazione: « *nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.* » Dal che si trae la conseguenza che simili iscrizioni non erano esclusivamente riservate alle obbligazioni proprie dei cittadini Romani, ma potevano eziandio applicarsi a quelle degli stranieri; poichè l'obbligazione non era in questo caso, al contrario dei *nomina transcripticia*, prodotta dalla scrittura, ma dalla numerazione della specie, la quale era di diritto delle genti: « *unde non proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine sed numeratione pecuniae obligantur, quod genus obligationis juris gentium est.* (GAIO, *Comm.* III, § 132). » Ma non perciò devono confondersi gli *arcaria nomina* coi *chirographa*, come si è fatto in genere dagli scrittori Tedeschi fino a BAEHR, e dallo stesso BUONAMICI (*op. cit.* § XXXII); i quali considerano sì gli uni che gli altri come semplici biglietti probatorii rilasciati dal creditore e detti *arcaria nomina*, perchè depositati in *arcis*, come mezzi di prova (MÜHLEMBRUCH, *nuova ediz. delle Antiq.* di EINECCIO p. 562 nota a). Noi ci allontaniamo da questa idea per due capi: 1° l'iscrizione sulle tavole costituiva i *nomina* in generale; *obligatio litteris* nei *nomina transcripticia*, e semplice prova nei *nomina arcaria.* 2° i biglietti e le scritture separate, che oggi diremmo su fogli volanti, presentavano una simile distinzione: *obligatio literis* particolarmente propria agli stranieri nelle *syngraphae* e nei *chirographa*, semplice prova nelle *cautiones.* — Cons. in vario senso e specialmente nelle *op.* e *loc. cit.*: ORTOLAN, SAVIGNY, SINTENIS, BRINZ, ARNDTS, UNGER, GNEIST, CROPP, HEIMBACH, EINERT, SCHLESINGER, HUSCHKE. V. PUCHTA anche nelle *Inst.* § 276 e *Pand.* § 305, nota 9; LIEBE anche a pag. 378-384, e BAEHR anche al § 34, pag. 138 e § 36, pag. 144 e segg.

tratto letterale bastava allo stesso effetto che la scrittura o la *expensilatio* fosse conforme all'ordine ed al consenso ricevuto. Del pari come nella *stipulatio*, le parole pronunciate, indipendentemente dalla ragione, per la quale erano proferite, producevano il *vinculum juris*, così nel contratto letterale facevano lo stesso le parole scritte nel *Codex*, senza che ci fosse bisogno di ricercare altra causa dell'obbligazione; la scrittura, cioè, era effettiva di obbligazione letterale; e questa esisteva senza indagare la causa remota, per cui taluno compariva debitore di un altro; tal quale come la risposta corrispondente alla domanda costituiva senz'altro il contratto verbale.

Ciò ritenuto, si vede che, secondo la moderna scuola, il contratto letterale dell'antico diritto romano dipendeva da due fatti, e cioè: 1° dalla trascrizione della somma e del nome del debitore nella colonna dell'*expensum (expensilatio)*; 2° dal consenso o dall'ordine della persona, il cui nome veniva trascritto (1). Alcuni scrittori moderni hanno poi aggiunto che il contratto *literis* non consisteva in una sola iscrizione, come a prima vista sembrerebbe risultare da *Gaio*, ma in due iscrizioni correlative, una *acceptilatio* ed una *expensilatio* atte a bilanciare i conti: colla *acceptilatio* il *paterfamilias* toglieva di mezzo la partita antica del libro, partita derivante da qualsiasi titolo — come mutuo, compera, conduzione etc. —; colla *expensilatio* la rinnovava in un'altra colonna del libro stesso sotto la forma di obbligazione letterale. Questa è la doppia iscrizione, di cui parla il *Keller*, ed è in quella trascrizione che sta la base dell'appellativo *transcripticia* dato ai *nomina*, vale a dire l'iscrizione, la quale distrutta in un luogo del *Codex* veniva a ricomparire trascritta in un altro. Non bisogna però confondere questa doppia iscrizione colla iscrizione bilaterale (2). Ed il *Gide* conferma che per far nascere l'obbliga-

(1) Cons. specialmente nelle *op.* e *loc. cit.*: VANGEROW, SINTENIS, WINDSCHEID, GNEIST, ARNDTS, SCHLESINGER, EINERT, MAYNZ, NAMUR, DEMANGEAT, VAN-WETTER, SERAFINI, DOVERI, SCHUPFER. Cons. BAEHR anche § 37 e nei *Jahrb. f. d. Dogm.* II, p. 339-342.

(2) Ciò che parecchi scrittori hanno fatto sostenendo che a costituire un contratto *literis* occorresse la doppia iscrizione concordante sul *Codex* del debitore e su quello del creditore. Costoro si appoggiano su due testi l'uno di GAIO l'altro

zione letterale non occorreva punto che avvenisse la iscrizione bilaterale, la iscrizione, cioè, nel *Codex* del debitore ed in quello del creditore (1).

---

di CICERONE. Quello di GAIO suona così (*Comm.* III, § 137): « *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius* (*referendo*) *obligetur.* » Da questo testo traggono due argomenti, l'uno consistente in quel *referendo,* l'altro nell'analogia che GAIO pone fra l'*expensilatio* e la *stipulatio.* Circa al *referendo* osserviamo che è nel testo per congettura, perocchè in questo punto il manoscritto di GAIO era illeggibile e di fatti in quasi tutte le edizioni, in cui trovasi, quel *referendo* è tra parentesi. Ma v'ha di più; nelle edizioni più recenti e pregiate, quali le due riputatissime, cui noi dichiariamo ora per sempre di attenerci, l'edizione, cioè, dell'HUSCHKE (Lipsia, 1878) e la nuova del KRUEGER e STUDEMUND (Berlino, 1884), il *referendo* è addirittura soppresso. Cade quindi ogni argomentazione su di esso basata. Circa l'analogia notiamo che fra l'*expensilatio* e la *stipulatio* esistono differenze così forti e salienti che non è permesso di trarre un argomento valido di analogia dal raffronto che GAIO fa fra quei contratti. Per citarne una sola GAIO stesso ci apprende (III, § 138) che l'*expensilatio* può avere luogo fra assenti, mentre è tutt'altra cosa rispetto alla *stipulatio;* esigere la menzione conforme da parte del debitore sarebbe un render difficile e quasi impedire il formarsi dell'obbligazione *literis* fra assenti, perocchè sarebbe impossibile al creditore di assicurarsi che il debitore ha portato sul suo registro la *pecunia accepta.* Il testo poi di CICERONE è il seguente: « *Quod si ille suas profert tabulas proferet suas quoque Roscius; erit in illius tabulis hoc nomen et in hujus non erit. Cur potius illius quam hujus creditur? Sripsisset ille si non jussu hujus expensum tulisset? Non scripsisset hic quod sibi expensum ferri jussisset? Nam quemadmodum turpe est scribere quod non debeatur, sic improbum est non referre quod debeas; aeque enim tabulae condemnantur ejus qui verum non retulit et ejus qui falsum perscripsit* (*Pro Rosc. com.* 1) ». CICERONE, si dice, supponendo che le due parti producessero i loro registri, ci dimostra che la sola *expensilatio,* che si trovava nel registro del creditore, non era sufficiente a far nascere l'obbligazione. Noi facciamo osservare che la produzione dei due registri non aveva per scopo nel testo che di dare evasione ad una questione di prova. Perocchè CICERONE non avrebbe avuto bisogno alcuno di domandarsi a qual dei due registri conveniva dar fede, se la semplice menzione dell'*expensilatio* sul *Codex* del creditore non avesse potuto da sè sola far nascere l'obbligazione; a CICERONE sarebbe bastato dichiarare che il contratto non s'era formato.

(1) Però se questa doppia iscrizione fatta sul libro del debitore e sul libro del creditore non era necessaria per dar luogo all'*obligatio literarum,* è certo che

E *Gaio* infatti tratta sempre dell'iscrizione del *nomen*, come di un atto unilaterale del creditore (1). Questa iscrizione doppia sullo stesso *Codex*, senz'essere bilaterale, è stata appunto la parte nuova delle moderne teoriche in proposito. Fu il primo il *Keller* (2) quello che concepì quest'idea, che il *Gide* appella col qualificativo di semplice (3). Consacrata dal suffragio di *Savigny* (4), tal dottrina ben presto di-

la sua duplice sussistenza sui due libri e la concordanza dell'iscrizione dell'un libro con quella fatta sull'altro rafforzava, ben nota l'Huschke (*op. cit.* § IX, p. 92), l'iscrizione fatta sul libro del creditore e ne accresceva la forza di prova. Analoga efficacia della concordanza produceva il rifiuto per parte dell'avversario debitore di produrre il suo libro, dacchè siffatto rifiuto ingiustificato si considerava come una tacita confessione di identica corrispondente iscrizione di debito. Cade opportuno di notare che v'erano anche altri mezzi atti a rafforzare la prova dell'iscrizione rammentati da Gellio 14, 27. Tali erano, ad esempio, le *perscriptiones* (Cic. *ad Attic.* 4, 8, 2) fatte per mezzo di uno o più *pararii* (Cic. *pro Roscio Com.* I, 1), che intervenivano solidalmente, trascrivendo nei loro libri la stessa partita di mutuo *a persona (mutuantis) in personam (pararii)*, mentre la trascrizione inversa veniva fatta *a persona (pararii) in personam (mutuantis)*; sicchè l'intervento del *pararius* pareggiava le partite, *paria faciebat*, donde il suo nome. Un esempio di siffatti *pararii* trovasi nello spesso frainteso passo di Orazio, Sat. 2, 3 *v.* 65-71 (Vedasi per la ricostruzione e punteggiatura di questo testo Heimbach, *Lehre v. Creditum*, pag. 337 e segg.; ed Huschke, *op. cit.* § IX, pag. 92 nota 2). Altro mezzo usitato di rafforzare la prova del mutuo avvenuto consisteva nel far pagare la somma ad un banchiere *(argentarius)*; questi addebitava il mutuante nel suo libro dei conti del pagamento fatto al ricevente che produceva il mandato, fornendo così un mezzo di prova collo stesso documento. Tal mandato suonava, se regolare, un'autorizzazione al banchiere per la riscossione del credito mutuato, la quale egli poi accreditava al mutuante sul suo conto; donde veniva al debitore un mezzo di prova della sua liberazione. Altro mezzo di rafforzare la detta prova era la *testium intercessio;* questo mezzo, prima frequentissimo, divenne a poco a poco sempre più raro, sottentrando invece la *tabularum obsignatio* e la *chirographi exhibitio,* mezzi ambedue di prova diversificanti fra loro sol perchè nell'uno, e non nell'altro, interveniva la sottoscrizione del debitore. V. Gneist, *Die form. Vertr.*, pag. 494; Huschke, *op. cit.* § IX, pag. 92-94.

(1) Gaio, *Comm.* III, §§ 129, 130; nè il § 137 dice diversamente per le ragioni dette di sopra.

(2) Keller, *Ein Beitrag zu der Lehre v. d. röm. Literalcontract. loc cit.*

(3) Gide, *loc. cit.*

(4) Savigny, *üb. d. Literalcontract. Mem. cit.; Vermischte Schriften,* I, 238 e segg. e *System.* V, App. XIV n. 9.

venne classica in Germania ed è ora accolta da tutti i cultori del Romano Diritto.

Soltanto il *Buonamici* (1) non soddisfatto di questa teoria ha voluto dimostrare in una dotta monografia che il contratto letterale consistente nella novazione (2) di un titolo precedente viveva nell'antico diritto romano, ed aveva valore giuridico per sè stesso, e niuna dipendenza correva fra esso ed i libri domestici; questi poterlo contenere, ricordare, valutare, soccorrere di maggior prova, ma il contratto letterale star da sè, come un atto scritto e difeso da una *condictio*, e potersi definire: « quel contratto il quale si consuma e si perfeziona mediante il solo scrivere in un documento col consenso delle parti che taluno è debitore di un altro di una certa somma derivante

(1) BUONAMICI, *op. cit.* § XXIX.

(2) Questo concetto della novazione, benchè combattuto vivacemente dal GIDE (*op. cit.* pag. 108-228), è ammesso anche dal WALTER (*op. cit.* § 593), dal SALPIUS (*Novat. und Deleg.* §§ 15-16), dal DOVERI (*Istit.* § 322), dall'ARNDTS-SERAFINI (II, § 268, nota 3). Esso fondasi in ispecie sul riportato brano di TEOFILO, non che su varii brani di GAIO (*Comm.* III, §§ 129, 130, 176) e sulle LL. 11 e 17 D. *De novat. et delegat.* (46, 2). SAVIGNY (*Syst.* V, app. XIV, n. 9) spiega il duplice scopo di questa novazione, quello cioè di dare una natura rigorosa ad un debito risultante da una compra, da una locazione etc.; in altri termini di trasformare la *bonae fidei actio* in una *condictio (a re in personam)*; e quello di trasportare un debito da un debitore ad un altro; e per questo si porta come pagata al novello debitore, ma col suo consenso, una somma, che egli non ha ricevuta in fatto *(a persona in personam)*. SAVIGNY, spiegato il duplice scopo della novazione, si dimanda che cosa siavi d'essenziale in atti siffatti, i quali di prim'acchito potrebbero apparire come vane formalità; ed osserva che se la somma scritta dal *paterfamilias* come pagata lo è stata realmente, non per fare donazione o per trasportare un debito, ma per farsi restituire più tardi una somma identica, questo atto è stato senza dubbio un mutuo di denaro. Ora la somma non essendo in fatto stata pagata, ma iscritta come pagata, l'iscrizione ha evidentemente per fine d'imprimere ad un rapporto di diritto per la sola volontà delle parti il carattere di un mutuo di danaro. E come l'effetto speciale della *expensilatio* è una *condictio*, e l'impiego di questa forma artificiale altro interesse non ha se non codesto, SAVIGNY ne trae una conferma del suo principio che il mutuo deve essere considerato, come la base vera e come la condizione dell'applicazione della *condictio*. Donde meglio non potrebbe definirsi l'*expensilatio* che appellandola un mutuo di danaro fittizio.

da un titolo o da diversi titoli precedenti con questo atto novati ».

Ecco lo stato della dottrina più recente sul contratto letterale dell'antico Diritto Romano.

5. Da quanto testè si è detto risulta chiaramente che obbligazione letterale *per stretto diritto* non nasceva che dai *nomina trascripticia.* Su questi non crediamo di dover aggiungere altro (1), tanto più che l'istituto di cui trattiamo, cioè l'*exceptio n. n. p.*, non si trova giammai applicato nè menzionato rispetto a siffatti *nomina* (2); mentre si incontra in moltissimi luoghi rispetto all'obbligazione *literis* contratta per *chirographum*, della quale diremo fra poco. Notiamo però che se non s'incontra nei testi che il debitore letterale in forza di un *nomen transcripticium* fosse soccorso dall'*exc. n. n. p.* egli poteva tuttavia valersi dell'*exceptio doli*, ogni qualvolta il consenso — che era, come

(1) Notiamo qui a complemento di quanto è detto nel testo che il *nomen transcripticium*, secondo distingue GAIO, poteva aver luogo in due maniere cioè *a re in personam* allorchè alcuno essendo debitore per un contratto reale, consensuale o verbale, come ad es. per compra-vendita, condizione, società o per qualunque precedente motivo, il creditore per di lui ordine o col di lui consenso riportava il debito nel suo registro come *expensum*, per modo che la prima obbligazione reale, consensuale o verbale si trovava estinta e surrogata dalla nuova obbligazione formata *literis: a persona in personam* allorchè per delegazione di un antico debitore Tizio si portava dal creditore a carico di un nuovo debitore Caio, a sua volta debitore di Tizio, la menzione esistente prima a conto di Tizio stesso, cosicchè l'obbligazione di Tizio estinta veniva sostituita da quella contratta *literis* per Caio. Ecco il passo di GAIO *Comm.* III, § 128. « *Literis obligatio fit veluti* (le edizioni meno recenti aggiungevano *in*) *nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo; vel a re in personam, vel a persona in personam.* — § 129. *A re in personam transcriptio fit, veluti si id quod* (*tu*) *ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas id* (HUSCHKE legge *inde*) *expensum tibi tulero.* — § 130. *A persona in personam transcriptio fit veluti si id quod mihi filius debet, tibi id* (HUSCHKE legge anche qui *inde*) *expensum tulero, idest si filius te* (HUSCHKE aggiunge *pro se*) *delegaverit mihi.* » E questa distinzione già si trovava accennata nell'epitome di GAIO secondo il *Breviario di Alarico*, lib. 2, tit. 9, § 12.

(2) La ragione di un tal silenzio dei testi può stare anche in ciò come osserva l'ORTOLAN (loc. cit.), che essendo i *nomina transcripticia* venuti più tardi in disuso, coloro che riordinarono le leggi ed i frammenti dei giuristi rispetto a questo punto li soppressero o li interpolarono.

abbiamo visto, uno degli elementi essenziali affinchè l'obbligazione *literis* esistesse — gli fosse stato estorto con inganno o con violenza (1).

Ed anche per un'altra ragione non ci tratteniamo oltre sui *nomina transcripticia*, perchè, cioè, l'uso delle tavole domestiche (2), che dava lor vita, venne col tempo a cadere in disuso. E mentre *Cicerone* diceva essere cosa nuova ed inaudita pel suo tempo che un cittadino trascurasse di tenerle, e ridicola ed incredibile la dichiarazione del suo avversario nella lite di non averle tenute; noi non troviamo che ne sia fatta ugualmente menzione in ciò che ci dice *Gaio* dei *nomina transcripticia* ai tempi di *Antonino Pio* e di *Marco Aurelio*. Ed il falso *Asconio* che appartiene probabilmente al quarto secolo, ci attesta che quest'uso era venuto meno ai suoi tempi, e ciò perchè i padri di famiglia affidando ad un registro tutti gli atti della vita, e facendo conoscere con la tenuta di questi libri l'ammontare della loro fortuna, correvano pericolo che i delatori se ne valessero, come di prova nei delitti di lesa maestà aventi per conseguenza la confisca dei beni (3). E fors'anco l'uso dei libri domestici, e con essi il contratto letterale del Diritto Classico, sparve, come le altre consuetudini antiche dei cittadini romani, e certo vi contribuì molto la diffusione sempre maggiore della cittadinanza (4). Inoltre, ben osserva il *Serafini* (5), che come tutto il valore dell'antico *nomen transcripticium* riposava sopra la puntualità, con cui erano tenuti i libri di cassa o *Codices accepti et expensi*, e sulla onestà del creditore o del debitore, sì da ritener vergognose quelle partite che non fossero state trascritte *(pecuniae*

---

(1) VALER. MAX. VIII, 2, 2. V. BAEHR, *op. cit.* § 27; DOVERI, *Istit.* II, § 323 fine.

(2) Coloro, cui interessi aver notizie circa le forme di queste *tabulae* negli antichi tempi, consultino: MORCELLI, *Dello scrivere degli antichi romani;* BECKER-MARQUARDT, *Handbuch der römischen Alterthümer;* BUONAMICI, *op. cit.* § VI.

(3) ASCON. *in Verrem* act. 2 lib. 1 § 23: « *Moris autem fuit unumquemque domesticam rationem sibi totius vitae suae per singulos dies scribere... Sed postquam obsignandis literis reorum ex suis quisque tabulis damnari coepit, tota haec vetus consuetudo cessavit* ».

(4) V. ORTOLAN, *loc. cit.;* SCHUPFER, *op. cit.* pag. 321; DE FRESCQUET, *Tr. de Droit Rom.* Vol. II, p. 156; MAYNZ, *Élém. de Dr. Rom.* § 329 testo e nota 25; HUSCHKE, *op. cit.* § IX, pag. 92.

(5) SERAFINI, *Istit.* parte II, § 130, pag. 329 testo e note 12-13.

extraordinariae) (1), così allorchè sopravvenne la profonda corruzione dei costumi in Roma, quella forma basata sulla coscienza e sulla buona fede dovette far luogo ad altra che fosse garantita meglio e con più efficaci ed estranei mezzi di prova (2). Infine a questa dessuetudine contribuì anche un'altra circostanza posta in luce dallo *Schüler*, e cioè il sopravvento del *constitutum*, un negozio che riunendo in sè tutti i vantaggi pratici dell'antico contratto letterale, era nello stesso tempo assai più comodo, più flessibile e meno formale (3).

Fuvvi però una classe di persone che conservarono più a lungo l'uso dei *nomina trascripticia*, e fu la classe dei banchieri dell'epoca *(argentarii, mensularii, nummarii)* (4); è anzi all'occasione di co-

---

(1) Cicerone, *in Verr.* I, 23; *pro Rosc.* 2.

(2) Sia col farsi dare dal debitore il consenso in iscritto per *epistolam*, sia con testimoni, sia col trascrivere le partite nei libri di più persone. V. Cicer., *pro Rosc.* I; Seneca, *de benef.* 3, 15. — V. Serafini, *Istit. loc. cit.* nota 13.

(3) Ed infatti con un semplice scambio di lettere fatto fra assenti, quando si fondava su d'una obbligazione già esistente, potevasi dar luogo ad un nuovo negozio capace di azione. E quanto questo surrogato dovesse parere importante ai Romani per tutte le loro relazioni d'affari appare da ciò, che credettero opportuno di garantirlo con una sponsione maggiore di quella che garantiva la *certa pecunia credita* (Gaio, IV, 171). V. Schupfer, *op. cit.* pag. 321; Ortolan, *loc. cit.* Cons. anche su questo contratto: Baehr, *op. cit.* p. 118 e segg., 185 e segg., 194, 233, 236; Kuntze, *Obligat.* p. 196; Schlesinger, *op. cit.* p. 141; Fuchs, nei *Civ. Abh.* XLII, 9; Bruns, nella *Zeitschr. f. d. Rechtsgesch.* I, p. 28-138; Brinz, *Pand.* I, p. 431; De Crescenzio, *Sistema del Dir. Civile Romano,* II, § 388; Arndts-Serafini, II, § 240 testo e nota 4.

(4) L'uso degli argentarii stabiliti ordinariamente nel *forum*, delle loro relazioni d'affari coi cittadini, del loro libro di conto, e delle iscrizioni che vi erano fatte in credito o in debito rimonta ai tempi molto remoti della vita sociale dei Romani; giacchè li troviamo già nelle commedie di Plauto, il quale descrive il loro banco circondato di cortigiani e dissipatori.

« *Quos quidem quam ad rem dicam in argentariis*
« *Referre habere, nisi pro tabulis, nescio*
« *Ubi aera perscribantur usuraria*
« *Adcipiat illico expensa, neque censeat.* »

(Plauto, *Truculentus* atto I, scena 5, v. 52).

storo che se ne trova qualche vestigio nel *Digesto* di *Giustiniano* (1). Ma in realtà sotto questo Imperatore l'istituzione da gran tempo non era più in uso « *quae nomina hodie non sunt in usu* » così quell' Imperatore al *pr.* del titolo *De literarum obligatione* (*Inst.* 3. 22).

6. Ed ora veniamo alle altre scritture generatrici di obbligazione letterale, e cioè ai *chirographa* ed alle *syngraphae*.

L'*expensilatio* era da principio una forma eminentemente civile di obbligarsi e per conseguenza riservata ai soli cittadini romani. Tuttavia le relazioni cominciate coi *peregrini* e venutesi sempre più allargando, modificarono le idee sopra questo punto. Il manoscritto di *Gaio* ci rivela a questo proposito un notevole dissenso fra i *Sabiniani* ed i *Proculeiani* (2). Questi, secondo l'avviso di *Nerva*, si attenevano allo stretto diritto civile e dichiaravano il *nomen transcripticium* inapplicabile in qualunque caso alle obbligazioni dei *peregrini*. *Sabino* e *Cassio* per contrario sostenevano che potessero i peregrini obbli-

---

E più tardi in quella di TERENZIO:

DEM. « *Sed transi, sodes, ad forum, atque illud mihi*
« *Argentum rursum jube rescribi, Phormio.*
PHORM. « *Quod ne ego praescripsi porro illis quibus debui.* »

TERENZIO, *Phormio*, atto V, scena 8, v. 89.

Cons. anche il recente lavoro del TAUDIÈRE, *Des Argentarii en Droit Romain.*

(1) L. 9, D. *De pactis* 2, 14: « *Plures sunt rei stipulandi vel plures argentarii, quorum* NOMINA *simul facta sunt.* » Ed ivi nella L. 47, § 1, a proposito di un *mensularius:* « *ratio accepti atque expensi* »; e nella L. 34, D. *De recept. qui arbitr. recep.* 4, 8: « *Idem in duobus argentariis, quorum* NOMINA *simul eunt* ». Anche nel titolo *De edendo* D. 2, 13 si parla delle *tabulae, codex* o *rationes* degli *argentarii.* Ed un frammento di Pomponio allato alla stipulazione contiene ancora la menzione dei *nomina,* pur non essendo più questi in uso L. 1, D. *De ann. leg.* 33, 1: « *Cum in annos singulos quid legatum sit neque adscriptum quo loco detur quocumque loco petatur, dari debet; sicut ex stipulatu aut* NOMINE FACTO *petatur.* »

(2) GAIO, *Comm.* III, § 133: « *Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodammodo juris civilis est talis obligatio: quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcripticium, etiam peregrinos obligari; si vero a persona in personam non obligari.* »

garsi letteralmente, ogni qualvolta la *transcriptio* avveniva *a re in personam*, quando cioè si trattava semplicemente di trasferire la loro obbligazione da una causa precedente in una obbligazione letterale; ma non già quando la *transcriptio* avveniva a *persona in personam;* perocchè nel primo caso l'obbligazione aveva un fondamento naturale nella cosa già ricevuta precedentemente, lo che non accadeva invece nel secondo caso.

7. Ma ben innanzi che sorgessero queste due scuole, al tempo che l'obbligazione *literis* prodotta dall'espensilazione sui registri domestici era ancora esclusivamente ed indiscutibilmente riservata ai soli *cives*, erasi ammessa pei *peregrini* un'altra forma di obbligazione per iscritto, le *syngraphae* ed i *chirographa.* Non è cosa facile stabilire la differenza fra le *syngraphae* ed i *chirographa. Asconio*, o qualunque sia il commentatore delle *Verrine*, ci indica questa, che la denominazione di *syngraphae* s'applicava alle scritture firmate da ambedue i contraenti e rimesse in differenti esemplari a ciascuno di essi; quella invece di *chirographa* s'applicava alle scritture firmate da una parte soltanto, e non conservate che da essa (1). Ed a sostegno di tale asserzione sta l'etimologia delle parole, chè chirografo — cui dai Romani non si seppe trovare parola da sostituire, mancando nella loro lingua quella che significasse: scritto di propria mano — vale in greco *scrivo* (γράφω) *con una mano* (χείρ); mentre *syngrapha* vale *scrivo* (γράφω) *con o insieme* (σύν). Ma qual fosse la forma ed il tenore di queste scritture non si sa in modo preciso, e *Gaio* non sembra indicare che una cosa come necessaria, la dichiarazione scritta di colui che vuole obbligarsi di dovere tanto e che darà tanto: « *Si quis debere se aut daturum se scribat* (2) ». Ed *Asconio* fa supporre che le *syngraphae* fossero atti bilaterali, che s'usavano anche quando originariamente non

---

(1) Ascon. ad Cic. *in Verrem.* act. 2, lib. I, § 37; Cons.: Schuffer, *op. cit.* pag. 319; De Frescquet, *Tr. élém. de Dr. Rom.* II, p. 156; Ortolan, *loc. cit.;* Huschke, *op. cit.* § IX, pag. 95 e segg.

(2) Gaio, *Comm.* III, § 134; « *Praeterea literarum obligatio fieri videtur chirographis et singraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat: quod genus obligationis proprium peregrinorum est.* »

era stato dato il danaro, e solo per altri motivi si voleva produrre un'obbligazione, come derivante da mutuo; i *chirographa* invece erano confessioni unilaterali di debiti derivanti veramente da mutuo.

Il certo si è che questi documenti vennero importati di Grecia. Le *syngraphae* hanno un'origine più remota dei *chirographa*, e si trovano ricordate fino dall'epoca di *Plauto* (1), il quale, comunque sotto la forma piacevole della satira comica, ci diè un modello di *syngrapha*, in un con le leggi che vi sono imposte alle parti, nella sua *Asinaria* (2). *Cicerone*, cui risale l'introduzione di questo uso Greco in

---

(1) Notiamo che le commedie di PLAUTO rimontano agli anni 548 e segg. di Roma (210 e segg. av. G. C.).

(2) Si tratta di un contratto fra un giovane amante, l'amica e la *lena*, che di questa dispone. Ivi il contraente dice al parassito:

DIABOLUS. « *Agedum istum ostende quem conscripsisti singraphum*
« *Inter me et amicam et lenam, leges perlege*
« *Nam tu poeta es prorsus ad eam rem unicus.*

E dopo che il parassito ha letto il suo grazioso progetto:

« ...*Pulchra scripsisti! scitum syngraphum!*
« *Placent profecto leges...* »

(*Asinar.* atto IV, scena I, verso 1 e segg.)

Come antico esempio di singrafa racchiudente un mutuo V. anche la singrafa fatta in Egitto nell'a. 89 av. Cristo da Conufi a Petimute, che riporta l'HUSCHKE *op. cit.* § IX, p. 96 testo e nota 2, rilevandolo da LEEMANS, *Papyri Graeci Mus. antiquar. Lugdunensis.* Lugd. Bat. Pap. O. pag. 76. Tale documento già comunicato anche da GNEIST p. 460 si chiama συγγραφὴ e si chiude dopo la sottoscrizione col συγγραφοφύλαξ Ἡρακλείδης di propria mano del debitore con questa aggiunta scritta di pugno del debitore stesso: Πετειμούθης — ἔχω τό προκείμενον δανῆον τὰς τοῦ ἀργυρίου νομίσματος δραχμὰς δεκαδύο καὶ ἀποδώσω καθότι προγέμαπται. — Notiamo coll'HUSCHKE che il συγγραφολυλαξ era una specie di notaio, dinanzi a cui era intervenuta la stipulazione e che molto probabilmente conservava anche l'originale del documento, assicurandolo così dalla falsità. Che tali scritture di mutuo e di pegno del debitore verso il principio del tempo imperiale, quantunque sotto forme molto differenti, fossero in uso principalmente nell'Oriente Alessandrino-Greco si può arguire dalla ben nota parabola evangelica del cattivo amministratore che dilapidò le sostanze del suo padrone. Egli in previsione del suo licenziamento fa venire a sè tutti i χρεω-

Roma (1) ne parla in diversi luoghi e quasi sempre riferendosi a rapporti giuridici nati fra i Romani e gli abitanti delle Provincie (2).

I *chirographa* non vengono rammentati nei testi giuridici, che più tardi, cioè sotto *Nerone*, e sono ammessi come forme di obbligazione sotto gli *Antonini* (3). Nella legge 41 di *Modestino*, § 2, D. *De*

φυλέται del suo padrone, ossia precisamente i debitori per mutuo, e dice al primo, che gli doveva 100 barili d'olio, al secondo, che gli era debitore di 100 moggia (κόρους) di grano, di ricevere il suo γραμμα (chirografo del debitore stesso) e di scrivere lì cinquanta, qua ottanta, trascrivendo così in un nuovo documento di mutuo l'antico negozio con defraudo evidente a danno del padrone. Come i Romani adottassero quest' uso greco nei loro contratti e documenti e quale fosse la struttura di questi, composta d'una parte interna e d'una esterna, ambedue contenenti le firme del debitore e dei testimoni (*signatores*) chiaramente ce lo dimostra un chirografo su di un mutuo di 60 denari al 12 p. % d'interesse, scolpito in certe tavole di cera trovate nel 1855 e riprodotto nel C. J. L. III. p. 935 (V. Bruns, *Fontes juris romani* p. 209 ed Huschke, § IX, p. 97). Ivi la stipulazione di restituire il capitale mutuato è la base del negozio attestato, la ricevuta del danaro non v'è espressamente dichiarata, ma solo si attesta che il debitore aveva detto d'averlo ricevuto. Donde Huschke argomenta che nelle sorgenti il chirografo non appariva come pura ricevuta di mutuo, sibbene come scrittura di mutuo constatante una anteriore stipulazione (§ IX, p. 98-99).

(1) V. Huschke, *op. cit.* § IX, p. 95-96 testo e nota 1.

(2) Cic., *in Verrem* act. 2, lib. I, § 16; *pro Murena* 17; *Epist. ad divers.* VII, 17; *ad Attic.* V, 21; VI 1, 12, 13, 15; *De legib.* III, 8. *Syngraphus* veniva anche chiamato il salvacondotto od il passaporto che il Pretore accordava in certe circostanze; per esempio, quando uno schiavo era stato autorizzato a tornare nella sua casa: « *Ad Praetorem sumam syngraphum... quem hic ferat ad legiones hinc ire huic ut liceat domum* ». (Plauto, *Captiv.* II, 3).

(3) Seneca, *De benef.* lib. II, § 23; Aulo Gellio, *Noct. att.* lib. XIV, cap. 2. — V. la critica mossa a questi passi dal Bruns, *die Unterschr. in d. Röm. Rechtsurk* (*Abh. d. Acad. d. Wiss.* 1876, pag. 44-47) in una polemica avuta col Mommsen (C. J. L. III, p. 923). La polemica fra Bruns e Mommsen si riduce a sostener l'uno che il suggello e la sottoscrizione del debitore e dei *signatores* erano nell' interesse esclusivo del creditore; l'altro invece ch'erano nell'interesse del debitore, in quanto le firme dei *signatores* rendevano difficile qualsiasi alterazione nel documento per parte del creditore ed il suggello impediva poi in ogni peggior caso le collisioni del creditore coi *signatores*, non potendo il creditore rompere il suggello ed aprire il documento senza l'intervento del

usuris (22, 1) se ne trova quest'esempio: « *Ab Aulo Agerio Gaius Sejus mutuam quamdam quantitatem accepit, hoc chirographo ille scripsit me accepisse et accepi ab illo mutuos et numeratos decem: quos ei reddam kalendis illis proximis cum suis usuris placitis inter nos. Quaero an ex eo instrumento usurae peti possunt, et quae? Modestinus respondit: si non apparent de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse* » (1). E nella legge 47 di *Scevola*, § 1, D. *De pactis* (2, 14) si trova pure l'esempio di una *epistola* d'un banchiere, che il giureconsulto espressamente qualifica per *chirographum*.

---

debitore, a pena d'incorrere nella taccia di falsità. Osserva l'HUSCHKE che l'esser posta, come era sempre, la firma del debitore ultima dopo quella dei *signatores*, si da farlo apparire come riconoscitore di tutto intiero il documento, la firma sovrastante dei *signatores* compreso, e perciò testimone contro sè stesso; poi l'essere la firma del debitore posta nella parte esterna del documento subito dopo il *signator*, che l'avvalorava come un *adpromissor* od un *adstipulator*, sì da rendere il creditore credibile per la sola certificazione della parte esterna del documento, risparmiandogli il concorso di tutti i *signatores* per l'apertura del documento, poichè il debitore, fuori del caso di asserita falsità, non sarebbe stato così impudente da negare la propria scrittura (Cfr. CIC. *Phil.* 2, 6, 8); codeste circostanze erano tali da far ritenere che anche in questo caso, come in ogni altro, la sottoscrizione di proprio pugno del debitore unita ad una dichiarazione sovrastante ed avvalorata dalla firma dei *signatores* valesse per un riconoscimento del debito sanzionato nel documento, sicchè questo non nell'interesse del debitore, sibbene in quello del creditore s'avesse a reputare emesso (arg. L. 26, § 1, D. *De pign.* 20, 1). V. HUSCHKE, *op. cit.* § IX, pag. 100-101.

(1) V. su questo testo le osservazioni fatte dall'HUSCHKE, *op. cit.* § IX pag. 99. Questo scrittore dice che quel testo non vale a provare che ai tempi di MODESTINO i chirografi fossero ammessi come forme di per sè d'obbligazione, sibbene solo come trascrizioni di mutuo col fondamento già sopra avvertito di precedente stipulazione. Il testo, osserva l'HUSCHKE, non riguarda che la questione, se e quali interessi potessero chiedersi quando non espressamente pattuiti: alla sola questione delle usure ha cioè posto mente MODESTINO, riportando dal chirografo soltanto quella parte che era attinente al quesito propostosi e lasciando da banda, come irrilevanti pel suo assunto, le clausole stipulatorie indubbiamente annesse al chirografo nel suo totale contesto. D'altro canto sta che è indiscusso che le usure non potevano richiedersi senza stipulazione, e se stipulazione non v'era precedente al chirografo, inutile e fuor di luogo sarebbe stata la questione accennata nel testo.

8. E basta delle origini di questi documenti (1). Il punto più controverso si è circa il loro carattere, e le indicazioni dateci da *Gaio* in proposito non sono tali da dare sufficiente chiarimento. *Gaio* infatti non s'esprime pei chirografi e per le singrafe in modo assoluto e categorico, come per i *nomina transcripticia*, ma dice soltanto « *literarum obligatio fieri videtur in chirographis et singraphis* (III, 134). » Quel *fieri videtur* ha dato esca alla questione se quei documenti costituissero per sè stessi una forma particolare di obbligazione, ovvero fossero semplici istromenti e mezzi di prova del fatto obbligatorio, reso tale non in forza della scrittura, sibbene di antecedente ed indipendente negozio giuridico. Quest'ultima opinione è stata dominante e comunemente accolta in Germania (2) fino all'importante lavoro del *Baehr;* essa si è svolta sul passo di *Gaio*, non al solo effetto di dimostrare che ai peregrini era inibito di obbligarsi con piena efficacia a mezzo della scrittura, ma a quello più importante di trarne argomento per sostenere che il chirografo, documento sopravissuto ai *nomina transcripticia* ed alle singrafe, come non era mai stato in antico efficiente di per sè d'obbligazione, neppure lo era più tardi; sì da doversi ritenere che, scomparsi i *nomina transcripticia* dell'antico diritto, era follia parlare ancora di obbligazione letterale. Noi con l'*Ortolan*, cui deve darsi il merito d'avere pel primo ed innanzi del *Baehr* avversata la comune dottrina tedesca, ci dichiariamo fin d'ora espliciti fautori della opposta opinione (3).

La dizione un po'incerta e non del tutto assoluta di *Gaio* non può affatto rivolgercisi contro. Quelle parole *fieri videtur*, bene osserva il *Baehr* (4) non stanno a significare qualcosa d'apparente, sibbene sono l'espressione attenuata di una effettiva obbligazione; e si spiegano agevolmente, ove si ponga mente alla circostanza che nè il chirografo nè la singrafa erano riconosciuti quale forma di espressione

---

(1) Chi voglia avere maggiori nozioni sull'origine greca di questi documenti e sul tempo e circostanze della loro introduzione negli usi romani consulti: BRUNS, *Fontes juris romani*, p. 209; HUSCHKE, *op. cit.* § IX, pag. 95-97.

(2) Vi aderisce presso di noi il BUONAMICI, *op. cit.* § XXXII; ed il SERAFINI, *Istituz.* § 130 pag. 330.

(3) V. innanzi nota 5, pag. 9-10.

(4) BAEHR, *op. cit.* § 36, pag. 145. Concorda: EINERT, *op. cit.* pag. 40 e segg.

di volontà nel puro diritto civile dei *Romani;* in altri termini nè il chirografo nè la singrafa potevano costituire la vera *obligatio literis* del diritto classico, ma solo una specie di obbligazione letterale ammessa, per dirla con le stesse parole dell'*Ortolan* e dello *Schupfer*, in forza di assimilazione per le relazioni coi peregrini. E poi *Gaio* alle parole testè citate aggiunge le altre: « *Ita scilicet in eo nomine stipulatio non fiat* » che costituiscono una restrizione assai significativa; « *purchè non vi sia stata stipulazione* » dice *Gaio*, dunque le *syngraphae* ed i *chirografa* non erano semplici atti probatorii, altrimenti avrebbero servito a provare tanto la stipulazione come qualunque altro contratto. Ma essi erano per sè stessi dei modi di contrarre obbligazione, e così si rimaneva obbligati per siffatta scrittura, sempreché, s'intende, niuna stipulazione fosse intervenuta e non vi fosse obbligazione verbale (1). Un altro argomento in favore della nostra tesi si deduce dallo stesso *Gaio*, ove si ponga mente che gli è dopo avere accuratamente e formalmente spiegato che gli *arcaria nomina* non formavano obbligazione, ma ne fornivano soltanto la prova (2), ch'egli viene a parlare dei chirografi e delle singrafe, come di un modo di obbligazione « *genus obligationis* » (3). Ed il carattere obbligatorio dei titoli in parola risulta altresì molto energicamente da quella interpellanza fatta da *Cicerone*, mentre dipingeva la incertezza delle elezioni e le tempeste popolari dei comizii: « *Pergitisne vos tamquam ex syngraphis agere eum populo ut quem locum semel honoribus cuipiam dederit eumdem reliquis honoribus debeat?* (4) ».

---

(1) Contro questa spiegazione del testo di GAIO vedasi specialmente: FICK, *Recens. cit.* pag. 487-488 e SCHLESINGER, *op. cit.* I, § 6, pag. 69-71 sulle traccie di GNEIST, *die form. Vertr.* n. V, p. 413 e segg.

(2) GAIO, *Comm.* III, § 131: « *Alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur: in his enim rei, non literarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae re* (HUSCHKE contro STUDEMUND legge *rei* e secondo noi con ragione) *facit obligationem, qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere* ».

(3) GAIO, III, § 134 già trascritto. V. FAURE, *op. cit.* pag. 20.

(4) CIC. *pro Mur.* § 17. — V. ORTOLAN, *loc. cit.;* SCHUPFER, *op. cit.* p. 319-320; BAEHR, *op. cit.* § 36, p. 144-145.

Sta dunque che le *singraphae* ed i *chirographa* avevano un carattere obbligatorio; e pur non formando quell'obbligazione *literis* di stretto Diritto Romano, che nel giure classico era costituita soltanto dai *nomina transcripticia*, operavano in un modo precisamente analogo alla stipulazione ed alla espensilazione. Tali scritture non accertavano una obbligazione preesistente, come sarebbe stata un'obbligazione proveniente da vendita o da qualsiasi causa, affinchè se ne potesse provare l'esistenza ed esercitare le azioni che vi si riferivano: ma per contrario estinguevano questa prima obbligazione, ne operavano la novazione, e la surrogavano con l'obbligazione *literis*. Ed ecco l'obbligazione letterale di cui erano in antico capaci gli stranieri.

9. Sembra che le *syngraphae* servissero anche talvolta per simulare accordi giuridici od obblighi in realtà non veri. Ed ecco come. Quando al documento s'appone una firma sola, la simulazione o la finzione è difficile; è facile invece quando ambedue le parti firmano il documento. « *Inter syngraphas et coetera chirographa hoc interest quod in coeteris tantum quae gesta sunt scribi solet; in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit et non numerata quoque pecunia, aut non integre numerata, pro temporaria hominum voluntate scribi solet, more institutoque Graecorum, et coeterae tabulae ab una parte servari solent, syngraphae signatae utriusque manu utrique parti servandae traduntur* » (1). E forse fu questa la ragione per cui le singrafe caddero in gran discredito e vennero a poco a poco scomparendo; cosicchè dopo *Gaio* non se ne trova più fatto cenno (2).

Non avvenne così dei chirografi, i quali modificandosi e trasformandosi seguitarono a sussistere ed a valere. Siffatta trasformazione, secondo giustamente si nota da molti scrittori, costituisce il punto più oscuro e più difficile di questa materia; ed è appunto in essa che si origina e si concreta il contratto letterale dei tempi posteriori.

---

(1) Ascon, I *In Verr.* V. Salmas. *De usuris* lib. I, c. 5 *De modo usur.* X, XI.

(2) Brissonius, *De formulis* v. *Syngrapha;* Hepp, *op.* cit. pag. 166; Buonamici, § XXXII cit.; Schupfer e Ortolan, *loc. cit.*

§ 2.

IL CONTRATTO LETTERALE DEL NUOVO DIRITTO

SOMMARIO — 10. Fasi di trasformazione del chirografo e della *cautio* divenuta suo sinonimo. Prima fase: documento probatorio di stipulazione — 11. Seconda fase: fusione ed equiparazione dei documenti di stipulazione colle semplici scritture di debito. Processo graduale. Cause. Epoca — 12. Terza fase sotto Giustiniano: decadenza graduale della stipulazione con parallela sostituzione ed assimilazione della semplice scrittura di debito negli effetti obbligatorii. Testi. Dimostrazione. In siffatta assimilazione ufficialmente riconosciuta da Giustiniano risiede il contratto letterale recenziore — 13. Contestazione dell'esistenza di un contratto letterale recenziore. Teoria di Gneist e seguaci. Confutazione di Baehr e confautori — 14. Difetto della dottrina di Baehr. Nostra variante originale. Dimostrazione.

10. Premettiamo innanzi tutto una osservazione, che cioè, nella sua trasformazione il chirografo venne a poco a poco a confondersi colla *cautio* presa questa non già in un senso generale e filologico (1), ma

---

(1) Il senso generale e filologico di *cautio* sarebbe quello derivante da *cavere* ed in tal senso la *cautio* ha un significato molteplice, come i pericoli contro cui vien data, e indica qualsiasi specie di scrittura che le parti siensi procurata a maggior loro garantia e sicurezza per poter fare, ove del caso, la prova dei fatti. Ma tali scritture benchè *caveant*, in quanto istrumenti probatorii, non si appellavano in genere col nome di *cautio* ma bensì con quello d'*instrumentum*, *scriptura*, *libellus*, *charta*, *chartula*, *litera*, *epistola*, di tutte le quali scritture Gaio ha detto: «... *fiunt ut quod actum sit per eas facilius probari possit*... » (L. 4, D. *De fide instrum.* 22, 4); e Costantino: «... *eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium*...» (c. 15. Cod. *De fide instrum.* 4, 21). Tali scritture si usavano in materia di diversi contratti per es. di deposito (LL. 1, 24, 26, §§ 1 e 2 D. *Depos.* 16. 3); di vendita (L. 2, D. *De lege commiss.* 18, 3); di fideiussione (c. 27, Cod. *De fideiuss.* 8, 41); e spesso eziandio di quietanze destinate a comprovare il pagamento (L. 5, § 3. D. *De solut.* 46, 3; L. 15, D. *De*

in un senso speciale attagliantesi alle varie fasi del chirografo, di cui diventò sinonimo, ed a cui anzi venne sostituita nel maggior numero dei casi (1). Il chirografo riferentesi dapprima alle sole relazioni fra

---

probat. 22, 3; c. 6. Cod. *De solut.* 8, 43); in questo ultimo caso però, la parola più usitata era quella di *apocha* (dal greco ἀπέχω ricevo o ritiro) che vale ricevuta del creditore ad estinzione dell'obbligazione; all'*apocha* corrispondeva l'*antapocha* consistente in una dichiarazione scritta dal debitore che dal creditore gli era stata rilasciata l'*apocha* o quietanza del pagamento fatto. (V. in proposito Baehr, *op. cit.* § 33, pag. 132-133; Faure, *op. cit.* pag. 22 e segg.) — La parola *cautio* usata dapprima nel senso generico attribuita ai varii istrumenti probatorii testè menzionati, e cioè come strumento di prova atto a dimostrare qualsiasi accaduto giuridico, venne dipoi ad acquistare un senso speciale riservato alle stipulazioni in ispecie di mutuo, sì da formare la stipulazione il punto di partenza di tutto il sistema di cauzioni, come risulta dai seguenti passi di *Paolo* Rec. Sent. V, 7, § 1: « *obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum solemnitate concipiuntur; et appellatae quod per eas firmitas obligationum costringitur; stipulum enim veteres firmum appellaverunt* »; e L. 1, § 4, D. *de stipul. praet.* (46, 5): « *Et sciendum est omnes stipulationes natura sua cautionales esse, hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.* » Ciò però soltanto più tardi, e precisamente quando s'indebolì quel principio rigoroso del diritto antico, per cui la dimostrazione dei negozi giuridici trovava la sua garantia nella forma necessaria per concluderli; indebolimento che causato in ispecie dal progredire e dal fissarsi delle dottrine di diritto materiale risentì anco la *stipulatio*, la quale dalla funzione più larga di proteggere un diritto obiettivamente dubbio colla sua forma indubbia e rigorosa passò alla minore di facilitare la prova di un diritto già certo ma difficile senz'essa a dimostrarsi, sì da abbisognare dell'aiuto dell'unione ad essa dell'istrumento scritto detto *cautio*. Per la *cautio* intesa nel senso di documento di stipulazione V. L. 2, § 1, D. *De pactis* (2, 14); L. 24. D. *De pec. const.* (13, 5); L. 25, § 4, D. *De probat.* (22, 3), questa assai controversa come vedremo; L. 40, D. *De reb. cred.* (12, 1); L. 40, D. *De minor.* (4, 4); L. 121 e L. 126, § 2, D. *De verb. oblig.* (45, 1); c. 6, Cod. *De compens.* (4, 31) conf. con c. 1, Cod. *rer. am.* (5, 21); c. 4, Cod. *De cond. ob caus. dat.* (4, 6); Cod. Ermog. tit. *De cauta et non num. pec.* oltre a molte leggi del tit. Cod. *de non num. pec.* — Cons. Donello ad tit. Cod. *de non num. pec.* VIII, col. 201-202 (op. cit.); Gneist, *d. form. Vertr.* p. 233-243 e 329 e segg.; Baehr, *op. cit.* § 33, pag. 132-133 testo e nota 6; Huschke, *op. cit.* § IX, pag. 95 e segg.

(1) Non sempre però, dacchè il vocabolo *chirographum* si trova ancora citato in qualche legge del Corpo Giustinianeo, e prima nei frammenti dei giureconsulti,

peregrini venne a poco a poco addentrandosi nei rapporti fra cittadini Romani assumendovi specialmente la funzione di documento di stipulazione. La stipulazione nei tempi più antichi, allorchè i principii del diritto materiale non erano ancora ben sviluppati nè certi, aveva un significato più largo, quello cioè di proteggere un diritto obiettivamente dubbio colla forma indubbia della *stipulatio*. Più tardi coll'affievolirsi del formalismo e coll'introdursi e col graduale fissarsi delle dottrine giuridiche materiali la stipulazione — la quale nella scala del formalismo rappresentava già un grado rilevante di discesa, in quanto subentrata colla *traditio* ai contratti formalissimi del *nexum*, della *mancipatio* e della *cessio* — perdette quella garentia indiscussa, che prima le era data dalla potenza del formalismo necessario per conchiuderla, e divenuta men sicura, sorse il bisogno di cerziorare il rapporto giuridico in essa contenuto a mezzo della scrittura; si unì all'uopo la stipulazione collo strumento scritto (1). Lo strumento scritto, che si chiamò allora raramente *chirographum* e nella maggior parte dei casi *cautio*, acquistò così la funzione di facilitare la prova d'un diritto già di per sè certo, ma difficile a dimostrarsi per la sua natura verbale, in altri termini venne ad assumere l'ufficio probatorio di documento di stipulazione (2). In questo stadio la scrittura, secondo

---

quali la L. 24 D. *de probat.* (22, 3) di MODESTINO « *chirographum cancellatum* »; la L. 31, *ibid.* di Scevola; e la L. 17, pr. D. *de doli except.* (44, 4) dello stesso Scevola: poi nelle Costituzioni imperiali i cc. 5 e 8 Cod. de *non num. pec.* (4, 30) ambedue Costituzioni di Alessandro Severo; i cc. 14 « *chirographum acceptae pecuniae* », 15, 18, 22 e 25 Cod. *de solut.* (8, 43) tutte Costituzioni di Diocleziano e Massimiano.

(1) Del resto l'opportunità per chi fondava il suo diritto sulla stipulazione di procurarsene anco la facile dimostrazione mediante un documento era sì ovvia e palese che qualche esempio di stipulazione unita al documento si trova anche negli antichi tempi. Già per es. CICERONE, *Top.* cap. 25-26 annovera le *stipulationes* fra le « *res quae ex scripto aguntur* ». Ed altri documenti di tal fatta trovansi conservati letteralmente parte nei libri di diritto, parte altrove. Cons. HEIMBACH, *Cred.* p. 308; BAEHR, *op. cit.* § 35, pag. 140; HUSCHKE, *op. cit.* § IX, pag. 112 e segg.

(2) Cfr. poco innanzi nota 1, pag. 26-27. Ci associamo alla giusta osservazione fatta dal BAEHR, (§ 35, nota 2, pag. 141) che il concetto di una prova di stipulazione non è così naturale, come potrebbe sembrare a prima vista. Se ad es. oggi

quanto avemmo campo già fin da principio di avvertire (n° 2), non alterava affatto la natura del contratto, che nel caso era e rimaneva una obbligazione verbale, e la di lei efficacia poteva perciò essere invalidata con tutti i mezzi atti ad invalidare la stipulazione (1).

11. La dismessione d'ogni formalismo fece fare un altro passo e grande agli strumenti scritti, i quali dal provare il fondamento del debito passarono gradatamente a contenerlo. A questo passo contribuirono due circostanze; lo sviluppo sensibile del commercio, e la potenza della scrittura aumentata per l'aumento delle relazioni giuridiche fra Roma e il di fuori, relazioni racchiudenti in sè stesse l'impossibilità di ridurre gran parte di rapporti sotto la forma della *stipulatio* possibile solo fra presenti per la sua natura verbale. Ed anche l'accresciuto uso nel linguaggio contribuì a ciò; dacchè si venne a sostituire il documento alla obbligazione, sì da dire *chirographum vendere, emere* etc., intendendosi per *chirographum* il credito (2); a poco a poco si disse anche *agere ex chirographo* od *ex cautione* (3). Questo

---

un negozio richiede d'esser fatto per atto pubblico, nessun tribunale accetterebbe la prova di esso con una scrittura privata, in cui una parte avesse dichiarato all'altra la conclusione per atto pubblico dell'affare. Un documento di stipulazione altro non era che la prova che la stipulazione era avvenuta verbalmente.

(1) Così poteva lo stromento di stipulazione invalidarsi e sotto il pretesto che alla risposta non era preceduta l'interrogazione, e sotto il pretesto che le parti non erano presenti. A ciò si provvide sia mediante la finzione che quando si aveva uno strumento, da cui constasse la promessa questa s'avesse a ritenere come susseguita all'interrogazione « *perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit* » Paolo, *Rec. Sent.* V, 7, § 2. Cfr. L. 134, § 2, D. *De verb. oblig.* 45, 1; c. 1, Cod. *de contr. stipul.* 8, 38; § 8, *Inst. de fidejuss.* 3, 21; sia con la disposizione posteriore di Giustiniano che anche la presenza delle parti si dovesse ritenere per vera fino alla patente prova in contrario (c. 12, Cod. *de contr. stipul.* 8, 38; § 12, Inst. *de inut. stip.* 3, 20). Anche queste furono disposizioni che contribuirono grandemente a rafforzare l'importanza della scrittura. — Cons. Schupfer, *op. cit.* pag. 322.

(2) L. 44, § 5, D. *De leg.* I (30, tit. un.); L. 50, D. *De leg.* III (32, tit. un.).

(3) L. 41, § 2, D. *De usur.* (22, 1); L. 2, D. *De fide instr.* (22, 4)); L. 20 D. *De inst. act.* (14, 3); L. 18, § 2, D. *De mort. causa donat.* (39, 6); L. 28 D. *Dep.* (16, 3); L. 49, D. *Sol. Matrim.* (24, 3); L. 89, pr. D. *De solut.* (46, 3);

modo di parlare usato, mentre valeva ancora il chirografo o la *cautio* come mezzo di prova, se pure alla persona intelligente di diritto doveva apparire immediatamente come simbolico, dava a vedere che nelle menti meno educate al diritto e nel volgo già s'era infiltrata l'idea che il documento di debito non ne dimostrasse il fondamento, ma lo contenesse. Tuttavia la scienza giuridica s'oppose recisamente per un certo tempo all'ammissione d'una forza formale obbligatoria del documento scritto, ma poi dovette cedere sopraffatta in ispecie da quell'influenza misteriosa del ceto commerciale Romano, alla quale allude l'*Einert*, influenza che tendeva a sciogliere dagli antichi formalismi i rapporti obbligatorii, fino al punto di ammettere obbligazioni sciolte dai rapporti di fatto, da cui prendevano origine, o polizze liscie *(Forderungen glatte)* per dirla con la frase prediletta dell'or citato scrittore; ciò segnatamente al fine di trarre profitto dal credito come danaro sonante. È appunto contro questa pericolosa tendenza di autonomia del ceto commerciale che, secondo l'*Einert*, sarebbe insorta la tutelomania degli Imperatori col porre gli argini che avremo campo più tardi di esaminare (1). A quale epoca precisa debba riferirsi questa importantissima trasformazione avvenuta nelle funzioni della scrittura è cosa controversa e di difficile determinazione. Noi però propendiamo a credere col *Baehr* (2) che tale trasformazione possa ritenersi compiuta ai tempi di Diocleziano per la saliente ragione che sotto quell'Imperatore nell'anno 294 sparì il processo formulare, che costituiva l'estrema ed unica opposizione all'idea che la semplice scrittura di debito avesse una forza formale di obbligazione. Nei numerosi rescritti di Diocleziano, l'ultimo in cui aleggi ancora lo spirito degli antichi romani, noi troviamo la stipulazione posta in perfetta antitesi col nudo patto, e quindi nettamente distinte la prova formale e la semplice documentazione di debito. Ciò era effetto indubitato del morente processo formulare, durante il quale difatti, secondo che si agiva in forza di un documento di sti-

---

L. 17, pr. D. *De doli m. et met. exc.* (44, 4) (« *ex chirographo ex stipulatu agenti* »); c. 9, Cod. *ad exhib.* (3, 42); c. 7 Cod. *de non num. pec.* (4, 30).

(1) Einert, *op. cit.* p. 50 e segg.

(2) Baehr, *op. cit.* § 36, pag. 146-147, e *appendice*, n. X.

pulazione o d'una semplice scrittura di debito, si impiegava una differente formola di azione, e per attaccare l'obbligazione, a causa del difetto del fondamento materiale, potevano valere contro i documenti di stipulazione solo le eccezioni contenute nella formola del Magistrato, mentre contro le semplici scritture di debito poteva invece portarsi la controprova dedotta *in judicio.* Ma tutto ciò cadde col cadere del processo formulare e col sottentrare della procedura *extra ordinem.* In questa non si trovava nè una espressa determinazione della natura giuridica dell'azione, nè una fissazione dei rapporti giuridici, come nel processo formulare, precisati per mezzo delle formole, nè una separazione netta fra il procedimento principale e quello di prova, come nel processo odierno per mezzo del periodo istruttorio. Tutta la procedura formava una cognizione di uno sviluppo poco ordinato e fuggevole, in cui le affermazioni principali ed i mezzi di prova si facevano valere ugualmente e nello stesso tempo: l'antitesi fra fondamento e prova da una parte e nullità e impugnativa dall'altra era perfettamente sconosciuta (1). Gli è perciò evidente come collo sparire del processo formulare e col sostituirsi della procedura *extra ordinem* crollasse l'ultima barriera che ancora si frapponeva all'assimilazione dei documenti di stipulazione e delle semplici scritture di debito. E che questa assimilazione sia avvenuta sotto Diocleziano è anche provato dalla Costituzione dell'anno 293 riferita nel c. 5 Cod. *si cert. pet.* (4, 2), da cui si argomenta come indubbiamente concesso (2) l'impiego della *exc. n. n. p.* contro le scritture di debito, mentre tutti i rescritti anteriori a quell'epoca, ch'è l'epoca di Diocleziano, parlavano di *exc. n. n. p.* opponentesi evidentemente contro le sole stipulazioni e relativi documenti che le contenevano.

Tale assimilazione progredì poi innanzi senza ritegno. Le nostre no-

---

(1) Cons. Savigny, *Syst.* V, § 207 d; Puchta, *Inst.* II, § 185; Bethmann-Hollweg, *Civ. Proc.* I, § 24; Gneist, Form. Vertr. pag. 373 e segg., 481 e segg.; Sintenis, nei *Sell's Iahrb.* I, § 270 e segg. e nel *pract. gem. Civilr.* II, n. 28; Heimbach, *Cred.* p. 502; Cropp, *op. cit.* §§ 2-21; Baehr, *loc. cit.;* Liebe, *Stipul.* § 31; Schlesinger, *op. cit.* parte I, § 6 e parte II, § 1.

(2) V. su questo testo Baehr, *app.* § X.

tizie su questa ultima epoca sono scarse, come in generale, da Diocleziano in poi, le Costituzioni su oggetti di diritto privato divengono sempre più rare. Vi sono solo diverse Costituzioni le quali trattano dell'azione nascente da un chirografo, e vengono sotto questo nome a riunire documenti di stipulazione e semplici scritture, contribuendo per tal guisa alla loro fusione (1).

12. E così si giunse a Giustiniano. Qui si fece ancora un passo innanzi e decisivo nell'aumento del valore attribuito alla scrittura, aumento determinato dal suo progredire parallelo al decadere della stipulazione.

Già nei tempi anteriori l'avere accoppiato il documento alla stipulazione aveva fatto nascere dei dubbi non lievi nell'interesse della forma originaria puramente verbale della stipulazione stessa. Tali dubbi vinti fin dal tempo classico lasciarono solo adito a chiedere con quale esattezza doveva essere documentata la stipulazione affinchè la scrittura valesse come prova efficace di essa. Tutti i quesiti affacciatisi in proposito si risolvettero a favore del mantenimento della stipula-

---

(1) Tra queste Costituzioni v'ha quella dell'anno 371. ins. nel c. 3, Cod. Theod. *de denunc.* (2, 4): « *Exigendae denuntiationis locus non est, cum quis ad luendum debitum evidenti chirographo convenitur* ». Più tardi in una Costituzione dell'anno 406, c. 6 *eod.* si ripete la stessa disposizione sull'abolizione della denunciazione processuale (atto introduttivo del giudizio), e viene ancora estesa ad altre azioni; essa comincia con le parole: « *si quis debiti quod vel ex foenore vel mutuo data pecunia sumsit exordium, vel ex alio quolibet titulo* IN LITERARUM OBLIGATIONEM FACTA CAUTIONE TRANSLATUM EST, *seu fideicommissi dirigat actionem...* » e vale a dimostrare in modo patente che l'idea di una LITERARUM OBLIGATIO (presa questa nel senso preciso dato da GAIO all'antico contratto *literis* e cioè trasferimento di un'obbligazione primitiva in obbligazione letterale) connessa col chirografo o *cautio*, che dir si voglia, era già progredita. Una Costituzione dell'anno 421 col titolo: « *si certum petatur de chirogr.* » (C. Theod. 2, 27) dispone sulla prova della genuinità, sui termini dentro i quali il chirografo dovrebbe essere prodotto dopo la morte del rilasciato e rinnovato tra viventi. Qui già (§ 4) la negazione del pagamento ricevuto, di fronte in generale al chirografo si collega coll' *exc. n. n. p.;* lo che detto in rapporto a semplici scritture di debito non poteva partire se non dall'idea di una forza formale d'obbligazione in esse trasferita. V. BAEHR, § 36, pag. 147-148.

zione e della sua prova per documento (1). Però un tale apprezzamento dei documenti di stipulazione doveva reagire e reagì sull'idea della stipulazione stessa. Si domandò: se le forme rigorose della stipulazione non era necessario che fossero dimostrate, a che giovava osservarle? erano inutili dacchè valevano senz'altro anco senza bisogno di prova alcuna. Non deve quindi recar meraviglia se l'Imperatore Leone (a. 469) trasportò il concetto della mancanza di forme dal documento alla stipulazione stessa: « *Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus vel directis sed quibuscumque verbis consensu contrahentium compositae sunt, vel legibus cognitae, suam habeant firmitatem* » (c. 10 Cod. *de contrah. stipul.* 8. 38). Così le forme della stipulazione vennero ridotte già alla personale presenza dei contraenti o loro legittimi rappresentanti, dalla domanda e risposta in unione immediata (2). Ma anche questi requisiti non ressero al tempo, e per

---

(1) Cfr. L. 134, § 1, D. *De Verb. oblig.* (45, 1) « (PAULUS) *respondit: plerumque ea quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen, ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio.* § 2. *Idem respondit: quum Septicius literis suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint, si inter praesentes actum est, intelligendum etiam a parte Titii praecessisse verba stipulationis* »; PAOLO, *Rec. Sent.* V, 7, § 2: « *Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. Quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit.* »; L. 7, § 12, D. *De pactis* (2, 14) (ULPIANUS): « *Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri: rogavit Titius, spopondit Maevius; haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. Ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur; quod non animo stipulantium hoc actum est sed tantum paciscentium* »; L. 30, D. *De verb. oblig.* (45, 1): « (ULPIANUS) *Sciendum est generaliter quod si quis se scripserit fideussisse, videri omnia solemniter acta* »; c. 1, Cod. *De contr. stipul.* (8, 38): « *Licet epistolae, quam libello inseruisti, additum non sit, stipulatum esse eum, cui cavebatur: tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedentem stipulationem vocem spondentis subsecutam esse* » (a. 201). V. anche L. 57, D. *De don. int. vir. et ux.* (24, 1) di PAOLO; e § 8 Inst. *De fideiuss.* (3, 21).

(2) Cfr. SAVIGNY, *Oblig. R.* II. p. 207; BAEHR, *op. cit.* § 35 pag. 142-143.

quanto ridotti a lievi termini scomparvero. Ne è una prova il c. 14 Cod. *eod.*, dove Giustiniano, premesso che dato il caso che uno schiavo, il quale avesse stipulato pel padrone, fosse controverso se fosse in fatto lo schiavo di costui, e se pur fosse controverso che i contraenti i quali apparivano nel documento come stati presenti fossero veramente stati presenti, per tôrre di mezzo codeste liti ordina «... *Sancimus tales scripturas omnifariam esse credendas; et sive adscriptus fuerit servus, et ad quamdam personam dicitur pertinere, credi omnimodo, et servum adfuisse et fecisse stipulationem, et eam esse scripto domino acquisitam... Et si inter praesentes partes res acta esse dicitur, et hoc esse credendum: si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo hujusmodi instrumentum conscriptum est; nisi is, qui dicit sese vel adversarium abfuisse, liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem si per scripturam, vel saltem per testes undique idoneos et omni exceptione majores ostenderit, sese, vel adversarium suum eo die civitate abfuisse: sed hujusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas* ». Per tal guisa l'ultimo momento relativo alle antiche forme, ossia la presenza reale dei contraenti veniva sostituita da una *fictio*, la quale dipendeva unicamente dal ricordo di essa nel documento; nessun dubbio quindi che col redigere i documenti di stipulazione spesso mancava il convegno dei contraenti ed anche più mancavano interamente le parole sacramentali. È così che ai tempi di Giustiniano può dirsi senza tema di smentita che la coscienza tanto della forma che del significato della *stipulatio* s'era andata perdendo.

Di ciò s'ha una dimostrazione non dubbia in parecchi testi; e principalmente nel c. 8 Cod. *de novat.* (8. 42) dove Giustiniano stabilisce una stretta presunzione contro la forza novante della stipulazione; nel c. 2 Cod. *De const. pec.* (4. 18), dove statuendo che «... *liceat omnibus constituere... quascumque res quas in stipulationem possunt homines deducere...* » equipara il *constitutum* alla stipulazione; nel c. 4 § 6 Cod. *De recept. arbit.* (2. 56), dove la firma di una sentenza arbitrale si dichiara obbligante anche senza stipulazione e le parole stipulatorie vengono ritenute per una sottigliezza inutile e superflua « SUBTILIS IMO MAGIS SUPERVACUA OBSERVATIO », e

si proclama il trionfo della scrittura sopra tutto lo spauracchio formalistico dell'antico diritto «... *hujusmodi scriptura* TOTAM FORMIDINEM VETERIS JURIS *amputamus, ut si quis haec scripserit vel unum ex his acquiescere ei compellatur, et ea ad effectum omnimodo perducere...»;* nel c. un. Cod. *de rei uxoriae act. in ex stipul. act. transf.* (5, 13), dove si spinge fino ad introdurre in tema di dote una *bonae fidei actio* per una stipulazione finta « SUPPOSITA » od inutile « INUTILITER FACTA »; nel c. 37 Cod. *de donat.* (8, 54), che attribuisce un' azione ad una promessa di donazione fatta senza forme col dire che « VERBA SUPERFLUA *quae in donationibus poni solebant... penitus esse rejicienda censemus. Quid enim verbis opus est quae rerum effectus nullus sequitur?* »; finalmente nel c. 14 Cod. *de contrah. stipul.* (8, 38), dove si sostituisce a mezzo di finzioni la dimostrazione della stipulazione. Che cosa rimaneva dunque praticamente della stipulazione quando il rigorismo antico delle sue forme era tutto scalzato fino al punto d'ammettere un'azione per una stipulazione *supposita* od *inutiliter facta*, o di sostituire la già rigorosa dimostrazione con finzioni; e le parole, le parole in cui tutta si concentrava la forza della stipulazione dei bei tempi, si dicevano sottigliezze, superfluità, spauracchio inutile da amputarsi? Nulla, proprio nulla; la stipulazione come contratto verbale non restava più che come teoria; in pratica essa era scomparsa, rimanendo rappresentata dall'analogo strumento. D'altro canto è così che la scrittura, al contrario della stipulazione e paralellamente alla decadenza di questa, s'era avanzata poderosamente sui ruderi spezzati dell' antico formalismo. Il rilascio di un documento appariva ormai sempre più determinatamente, come la formola caratteristica per l'assunzione di una obbligazione unilaterale; nel qual caso si parlava appena di una stipulazione, che vi fosse stata annessa per avventura. Basti a prova di ciò addurre qualche testo. Secondo il c. 22 Cod. *ad. S. C. Vellejanum* (4, 29), Giustiniano trova la ripetizione di una intercessione da parte della donna nella ipotesi « *si cautionem conscripserit* »; e l'Authentica, che vi si riferisce, riscontra nella scrittura l' obbligazione assunta dalla donna, dacchè comincia colle parole: « *Si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro, aut scribat, et propriam substantiam, aut se ipsam*

obligatam faciat...» Nella L. 23, § 2 *eod.* Giustiniano dispone che la donna non possa validamente intercedere: «... *nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato accipiant homines a muliere pro aliis confessionem »;* chè se essa si obblighi per altra guisa o *sine scriptis*, allora *pro nihilo habeatur* la sua intercessione. Nel citato c. un. Cod. § 1 *de rei uxor. act.* (5, 13) Giustiniano rapporto alla finta stipulazione dice: «... *Et nemo putet nos hoc sancire in his tantummodo dotibus, quae in instrumentis receptae sunt. Nihil enim prohibet, et si sine scriptis dos vel detur, vel promittatur, vel suscipiatur; simili modo intelligi factam stipulationem et hypotecam ex utraque parte quasi fuerit scripta... »;* parole queste le quali indicano chiaramente che la sostituzione del documento di semplice scrittura alla stipulazione era consentanea ai tempi. Secondo il c. 35 § 2 Cod. *de inoff. testam.* (3, 28) il diritto alla legittima non può essere escluso dall'avere accettato qualche cosa dal defunto: «... *nisi hoc specialiter* SIVE IN APOCHA SIVE IN TRANSACTIONE *scripserit* VEL PACTUS FUERIT, *quod contentus relicta vel data parte de eo, quod deest, nullam habeat quaestionem...* ». Qui l'*apocha* è posta nella stessa linea della *transactio* e del *pactum de non petendo.* A misura poi che la stipulazione, quale esplicita promessa di pagamento divenne una formalità; la ricognizione del debito, come elemento che dava la vera vita al significato materiale della scritta di debito, doveva farsi strada nella coscienza e spiccare in un modo speciale (1). Così pure *confessio* (2) venne a dirsi l'obbligazione conclusa in relazione ad una preesistente, parlandosi di essa in modo da metterla in manifesto confronto colla *confessio in jure* (3).

---

(1) Così per es. nel c. 7, § 5. Cod. *De praescr. trig. vel quadr. ann.* (7, 39) « ...*si quis debitorum ad agnoscendum suum debitum secundam cautionem exposuerit* etc... »

(2) Cfr. l'uso di questa parola nel c. 4, § 3, Cod. *De advoc. div.* (2, 8); c. 3, Cod. *De plus pet.* (3, 10); cc. 23, 25. Cod. *Ad S. C. Vell.* (4, 29); c. 22. Cod. *De agric. et cens.* (11, 47); c. 29, Cod. *De pact.* (2, 3); c. 10, Cod. *Arbitr. tut.* (5, 51).

(3) Così s'argomenta da vari testi: c. 13, Cod. *de n. n. pec.* (4, 30); L. 25, § 4, *D. De probat* (22, 3) e L. 20, § 1, D. *De donat.* (39, 5) (testi ritenuti per interpolati nelle Pandette) cfr. con L. 29, § 1, *D. De donat.* Cfr. BAEHR, p. 128 e 149.

E se anche queste circostanze salientissime non bastassero a dimostrare patentemente che la assimilazione fra stipulazione e semplice scrittura di debito era ormai divenuta perfetta, v'ha il fatto perentorio già prima notato che tanto all'una quanto all'altra si applicava l'*exc. n. n. p.* col suo termine speciale. Se il documento era fornito della clausola stipulatoria l'obbligazione in esso dichiarata, secondo noi già perfetta e valida fin da principio, diveniva ineccezionabile dopo la cessazione della detta *exc. n. n. p.;* riferendosi sempre alla *verborum obligatio*, per quanto anche questa fosse solamente finta. Se invece tale clausola stipulatoria mancava, non per questo l'obbligazione cessava dal sussistere fin dal momento in cui il documento era emesso (1), nè dal divenire poi anche in questo secondo caso, come nell'anteriore, assolutamente inattaccabile dopo il decorso del termine dell'*exceptio*, e ciò senza riguardo alcuno *an pecunia numerata sit.* Ora dato questo resultato che taluno, cioè, senza stipulazione, senza vera numerazione, e solo in base della scrittura, *quia scriptum est*, si trovava astretto inevitabilmente al pagamento e condannato per la semplice esistenza del documento assumente così una forza autonoma formale e obbligatoria, è indiscutibile la esistenza di un vero e proprio contratto letterale insito nel documento stesso e ripetente la sua origine dalla pura e semplice scrittura. E Giustiniano fu abbastanza leale per confessarlo scrivendo sotto il titolo delle Istituzioni *de literarum obligatione* (3, 22): « *Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur et ex*

(1) Questo — è opportuno notarlo fin d'ora a scanso di equivoci — costituisce il punto nuovo che noi osiamo d'introdurre in questa teoria, dacchè tutti i fautori d'una obbligazione letterale Giustinianea l'ammettono nascente non già all'atto in cui avviene l'emissione del documento scritto di debito, ma soltanto dopo il decorso del tempo utile di opponibilità della *exc. n. n. p.* A fra poco un maggiore chiarimento della nostra idea.

ea nascatur condictio, cessante scilicet verborum obligatione... » (1).

Così fu riconosciuto mediante il semplice documento di debito o chirografo il contratto letterale recenziore. In Gaio, per dirla col *Baehr*, il chirografo picchia alla porta indarno e comincia a valere solo pei peregrini; poi a poco a poco e col processo testè descritto, esso s'introduce e si afferma nella pratica; fino a che Giustiniano distruttore d'ogni formalismo e di ogni finzione giuridica gli apre l'ingresso ufficiale e lo legalizza con un suo precetto esplicito. Per tal guisa l'elemento della volontà, che certamente anche prima esisteva nelle semplici scritture di debito, ma era rimasto come latente, diventa franco e libero e riesce ad avere un valore effettivo ed obbligatorio. Tutto questo sviluppo infatti fu il portato della forza calma ed irresistibile della progrediente idea giuridica, forza in virtù della quale già la *mancipatio* aveva dato posto alla semplice *traditio*, la *delegatio* alla *cessio*, ed i legati propriamente detti s'erano equiparati ai fedecommessi meno formali, venendo poi anche queste facili forme, per mezzo del *constitutum possessorium*, della finta cessione e del fedecommesso orale, ad essere sempre più semplici e prive di ogni formalità. Doveva forse dunque maravigliare se dalla stipulazione si fece passaggio al documento di stipulazione, e da questo alla semplice scrittura di debito, immettendosi in questa una vera e propria forza obbligatoria da valere negli effetti, sebbene mutatissimo nella forma, come l'antico contratto letterale del tempo classico?

13. Eppure per quanto logica ed ineccezionabile sembri l'esistenza di questo nuovo contratto letterale considerato nel senso testè indicato, essa è stata l'oggetto di vivaci polemiche, che hanno tratto molti scrittori tedeschi a contestarla ed a negarla nel modo più reciso. Autorità più importante di questa teoria avversaria, che è riescita a divenire comune in Germania (2), almeno fino ad un certo tempo fa

---

(1) Cfr. su questo passo la parafrasi di Teofilo già da noi riportata nella traduzione del REIN a nota 3, pag. 5-6.

(2) Questa teoria già caldeggiata fra gli scrittori antichi da ACCURSIO e da BARTOLO, pur senza essere sviscerata così profondamente, venne in Germania anche avanti di GNEIST enunciata dal SAVIGNY, *System.* V, *Beil.* XIV, n. 9, e dal KELLER, *op. cit.* § 298.

e cioè fino allo scritto importantissimo del *Baehr*, è lo *Gneist* (1), cui fanno corona altri giureconsulti, i quali, pur dissentendo sulle modalità, ed in specie sul valore di prova più o meno piena da attribuirsi al documento scritto, principalmente dopo il decorso del termine utile della *exc. n. n. p.*, concordano sul punto essenziale del negare assolutamente l'esistenza di qualsiasi contratto letterale ai tempi di Giustiniano, e del ridurre a pura forza probatoria, e mai obbligatoria, l'effetto del documento scritto di debito, *chirographum* o *cautio*. Citiamo fra i più autorevoli seguaci di questa dottrina *Sintenis*, *Puchta*, *Erxcleben*, *Unger*, *Fick*, *Heimbach*, *Arndts*, *Witte*, *Windscheid* (2), e *Schlesinger* (3). Difetto capitale dello *Gneist* e

---

(1) GNEIST, *d. form. Verträge*, n. IV; *d. neuere römische Literalcontract*. §§ 1-6, p. 321-388.

(2) SINTENIS, *v. der prozessualischen Natur der exc. n. n. p. und. indebiti cauti* (nei *Sell's Iahrb*, I, n. 6, p. 254 e segg.) e *Civilrecht*, II, pag. 260 e segg.; PUCHTA, *Pand.* § 305, nota 9; ERXCLEBEN, *Einl. in d. röm. Privatrecht*, II, p. 179; UNGER, *Inhaberpapiere*, p. 100; FICK, *Recensione sull'opera di* EINERT, *Über das Wesen und die Form des Literalcontr.* etc. (*Kritische Zeitschr di Heidelberg*, I, p. 479-496); HEIMBACH, *op. cit.* p. 642 e segg.; ARNDTS, *Pand.* § 281; WITTE, *Bereicherungsklagen*, p. 228 e segg.; WINDSCHEID, *Pand.* § 372 testo e nota 15, nella *krit. Vierteljahrschr. v. Pözl*, I, 109 e III, 109-114, 126, 437. V. anche all'infuori dei tedeschi: VAN-WETTER, *op. cit.* II, § 364. — Presso di noi s'associano decisamente a questa teoria, senza addurre però nessuna novità di argomenti, il BUONAMICI, *op. cit.* §§ XXXII e XXXIV; e brevemente quasi per incidente il DE CRESCENZIO, *Sistema*, II, § 339 in fine; quanto al SERAFINI V. la seguente nota 1ª pag. 45.

(3) Lo SCHLESINGER (*op. cit.* I § 6), pur dichiarando di concordare colla dottrina detta comune, ch'egli tenta anzi di confortare del sussidio di nuovi testi (ivi pag. 69-78), viene tuttavia in fondo ad ammettere l'esistenza d'un nuovo contratto letterale, per quanto nella testata del suo paragrafo egli usi per questo l'appellativo di sedicente (« der *angebliche* neuere Literalcontract »); e l'ammette in quanto, adottando una teoria già enunciata dal MEURER (*Iur. Abh.* n. 3, p. 99 e segg.) e che lo stesso GNEIST non osa neppur esso di respingere recisamente (*d. form. Vertr.* p. 397), sostiene che il contratto, di cui parla il decisivo testo delle Istituzioni Giustinianee *De lit. oblig.*, non è già uno speciale contratto letterale, ma piuttosto una speciale obbligazione legittima « *gesetzlichen obligation* », la quale per questo si forma che non solo si emette una scrittura di debito, ma si lascia nelle mani di colui, che v'è dentro indicato come creditore, per un certo tempo senza muovere la querela, e questa obbligazione, egli dice « si può, concediamolo, chiamare obbligazione letterale » (ivi p. 68-69).

dei suoi seguaci è di trarre tutte le loro prove, che pur sono debolissime, da un periodo di tempo, che dista di ben tre secoli dall'epoca di Giustiniano. Di questi tre secoli, che hanno anch'essi avuta la loro storia e che per lo sviluppo della scrittura sono di una importanza veramente eccezionale, *Gneist* finge di scordarsi perfettamente: ne viene di conseguenza che la scrittura considerata in tempi, nei quali è da tutti ammesso, e noi siamo i primi a concordarlo, era civilmente incapace, se non nella prassi certo nella legislazione ufficiale, a produrre da per sè e senza l'accompagno della stipulazione vincolo obbligatorio — già del resto, come tale, sulla curva discendente a profitto della potenza gradualmente crescente di quella — dà buon giuoco a *Gneist* per provare che giammai una semplice scrittura di debito poteva contenere un elemento di volontà capace di raggiungere lo sviluppo fino ad un contratto formale di per sè stante. Ma evidentemente tutto l'armeggìo fatto sui testi dallo *Gneist* pecca di un vizio originale, che tutto lo infirma e ne rende false ed insostenibili le conclusioni tratte sulla base di un errato presupposto. Si obietta che di un contratto letterale emanato dalla semplice scrittura non si fa parola nelle *Pandette;* sta bene: ciò proverà che sull'argomento era intervenuta una differenza (e chi potrebbe negarlo!) fra il diritto classico ed il Giustinianeo, ma nulla più. I vecchi giureconsulti solevano enumerare i contratti come fondati *re*, *verbis*, *literis, consensu;* nel ricevere i frammenti, che vi si riferivano, nel *Corpus juris* dovette sorgere il dubbio se si dovesse, oppur no, enumerare anche il *literis contrahere*. Il contratto letterale secondo l'antico concetto, non esisteva più, e quello che si aveva ai tempi della compilazione del *Corpus juris* non era consono all'antico concetto. In questo imbarazzo si finì per escludere completamente il contratto letterale dalle *Pandette,* dove si parlava soltanto col linguaggio dei vecchi, tal quale come se i vecchi questo cotale contratto letterale non l'avessero mai riconosciuto. Ma nelle Istituzioni, dove era Giustiniano stesso che parlava, dopo avere nella classazione generale delle obbligazioni posta al § 2 *de obligationibus* (3, 14) come terza causa di obbligazione le *literae,* col ritenere l'*obligatio quae literis contrahitur* trattala dal corrispondente luogo di *Gaio,* spiegò poi questa conservazione dedicandovi

un intiero titolo *de literarum obligatione*, nel quale dice che costì non si alludeva già al vecchio contratto letterale « *quae nomina hodie non sunt in usu* »; ma al nuovo consistente nei documenti di debito. Non sapendo come distruggere questi testi delle Istituzioni, che costituiscono per la teoria avversaria un ostacolo insormontabile, i fautori di essa pensarono di dire che il nuovo contratto letterale era una burla, un parto della fantasia di Giustiniano, privo di qualsiasi fondamento nella realtà: ragione di ciò il desiderio in Giustiniano di mantenere intatta e di fare onore all'antica divisione dei contratti! Uno di tali fautori il *Fick*, in una roboante recensione sul dotto lavoro dell'*Einert*, « *über das Wesen und die Form des Literalcontracts etc.* » spiega a cuor leggero come avvenne la cosa (1). Le sue parole meritano di essere riferite nella esatta traduzione per la loro, diciamo, originalità: « Trasformando *Gaio* si era giunti al capitolo risguardante il contratto letterale; i compilatori delle Istituzioni « non volevano limitarsi ad affermare semplicemente che ai loro tempi « non sussisteva più nè il genuino contratto letterale romano antico, « nè il recente non romano; dettero un'occhiata attorno al diritto allora vigente per vedere se non vi fosse qualcosa di simile; come accade oggi ai nostri giuristi così accadde allora ai compilatori delle « Istituzioni; chi cerca trova, bene o male si trovò qualche cosa. Si « trovò una obbligazione letterale nella condizione speciale in cui trovasi l'emittente di una dichiarazione di ricevimento senza clausola « stipulatoria, il quale in verità non ha ricevuto quel che ha confessato di avere ricevuto, e si è dichiarato quindi debitore *(ex contractu* « *reali)*, pure omettendo la impugnazione della dichiarazione. Così la « simmetria del sistema era salvata, e non si presentiva allora che un « tal *giochetto (Spielerei)* dopo mille anni avrebbe cagionate tante rotture di capo! » Basta un tale ragionamento per provare quanto sia poco seria e fondata la teoria avversaria (2)! Noi pur riserbandoci

---

(1) Fick, *Recens. cit.* pag. 489.

(2) Nessun argomento sanno gli avversari addurre meglio di questo sul punto dell'esistenza o meno della obbligazione letterale posteriore. E di vero essi portano la L. 25, § 4, *D. De probat.* testo controversissimo, che avremo campo di

un ulteriore chiarimento di dimostrazione là dove l'organizzazione sistematica del lavoro consiglia di porlo, e cioè quando tratteremo la teoria

---

meglio esaminare, dove l'onere fatto al creditore, che tiene una *cautio indiscreta*, di provare il debito che in questa si contiene, e ciò senza i limiti di tempo imposti per la *exc. n. n. p.*, li fa indurre che siffatta *cautio* giammai valga nelle mani del creditore, che la detiene, in quanto, essa com'essa, a nulla approda senza la prova d'un elemento esterno, e cioè del debito. Basta per ora osservare che ivi, secondo è ammesso dagli stessi avversari fra quelli che non ritengono apocrifo il testo (e per questi l'argomentazione a nulla vale), PAOLO fa allusione evidente ad un documento di stipulazione, e quindi si tratta di *cautio* probatoria e non già di *cautio* efficiente d'obbligazione, sicchè l'argomentazione non sfiora neppur la tesi in esame. E che in quel testo si tratti di *cautio* probatoria tanto lo ammettono gli avversarii che da esso, e precisamente dall'essere attribuito l'onere di prova al creditore nel caso indicato, tentano di cavare un nuovo argomento col dedurre che in genere ed anche pel caso della *exc. n. n. p.* l'onere di prova si dà al creditore sol quando si tratta di scrittura probatoria; e tale, come nel testo or citato, deve ritenersi sia sempre la funzione della *cautio* destinata a *cavere* non ad *obligare:* ora l'essere la *cautio* in processo di tempo divenuta sinonimo del chirografo dimostra che anche questo divenne scrittura semplicemente probatoria e non obbligante. L'argomento poggiato su questa sinonimia di *cautio* e *chirographum*, sinonimia che noi siamo stati i primi ad ammettere ed a dimostrare, non giova affatto agli avversarii, chè anzi si ritorce contro di loro. Avanti tutto è falso che la *cautio* anche prima di divenire sinonimo del chirografo avesse sempre il significato di scrittura probatoria, giacchè, oltrechè a dinotare ciò si usavano molto meglio e più spesso le parole *scriptura, instrumentum, charta, libellus, chartula* etc. v'hanno dei testi che noi già abbiamo innanzi menzionati (V. innanzi nota 1, p. 26 27, cfr. con nota 1, p. 27-28), nei quali la *cautio* si trova indicata espressamente e nel modo più incontestabile come scrittura efficiente di obbligazione. Per contro il *chirographum* trovasi sempre usato nel senso di documento obbligatorio, e gli stessi avversarii, i quali non s'impicciolisconο nell'argomento tratto dal celebre *videtur* del passo di GAIO (*Comm.* III, § 134), ammettono che il *chirographum* possa considerarsi divenuto strumento di prova da documento obbligatorio sol dopo esser divenuto sinonimo della *cautio:* e non v'ha poi un testo in cui al *chirographum* sia attribuita questa funzione probatoria. Ora dato il fatto che v'hanno dei testi, in cui la *cautio* vale evidentemente come scrittura obbligatoria, dato che non v'ha un testo, non uno, in cui il chirografo sia preso come scrittura probatoria, e dato in fine che ad indicare il documento strettamente di prova si usano comunemente altri vocaboli, anzichè quello di *cautio*, non è più che giustificato e più che lo-

alla presente strettamente connessa circa agli effetti dell'*exc. n. n. p.* dopo il decorso del suo termine utile di opponibilità, teniamo ad assodare

---

gico il conchiudere pel fenomeno inverso che, cioè, la sinonimia fra *cautio* e *chirographum* non già a rendere questo scrittura probatoria, sibbene a render quella scrittura obbligante abbia decisamente contribuito? A noi un dubbio contrario non sembra neppur possibile! — Un altro testo si adduce in contrario e cioè la L. 38, *D. De oblig. et act.* (44, 7) che suona: « *non figura literarum sed oratione quam exprimunt literae obligamur...* » dunque, si obietta, non ci si obbliga *literis* ma *oratione*, sicchè non deve appellarsi il vincolo qui sorgente *obligatio literarum*, sibbene *obligatio orationis seu verborum*, obbligazione cioè delle parole che si contengono per trascrizione nella scrittura. Da alcuni si è tentato di spiegare questo testo col dire che ai tempi di Paolo autore della legge, nessuna obbligazione v'era che nascesse *ex figura literarum seu literis*, perocchè questo genere d'obbligazione nacque più tardi. Ed a prova di questa spiegazione adducono la L. 1 § 1, D. *eod.* dove si dice che l'obbligazione *ex contractu* nasce da tre cause *re, verbis,* e *consensu,* e delle *literae* non si fa parola. Ma questa spiegazione non regge, perocchè ai tempi di Paolo è risibile affermare la non ancora esistenza dell'obbligazione letterale; ed il rescritto, cui il detto testo si riferisce, è dell'Imperatore Alessandro, che con quello non stabilì un diritto nuovo, ma non fece altro che riferirne uno antico. E come consta che il giureconsulto Paolo visse precisamente ai tempi di Alessandro, è chiaro che lui vivente, era già nota ed usitata l'obbligazione letterale. E che così fosse se n'ha una prova evidente nella L. ult. pr. D. *Mandati* (16, 1), dove lo stesso giureconsulto Paolo fa precisamente un caso esplicito di obbligazione nascente *ex literis.* Ma v'hanno ben altri modi più semplici di spiegare il testo controverso. Ed un modo consiste nel proseguirne la lettura. Paolo infatti non dice già in modo assoluto che la *figura literarum* non obblighi, ma sottopone questo risultato ad un'importante condizione: «... *quatenus placuit non minus valere quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur* »; è cioè necessario che siano le parti che stabiliscano dovere la scrittura valere quanto le *voces lingua figuratae* perchè avvenga il fatto che le *literae* obblighino *non figura literarum sed oratione.* Siamo insomma nel caso delle scritture impiegate ad uso di prova per constatare un contratto *verbis,* ed è evidente il bisogno che le parti s'accordino nel volere che la scrittura valga come obbligazione, laddove per sè stessa valer dovrebbe solo come prova. E la stessa impostazione dell'obiezione, concepita com'è, dimostra che siamo in campo di scrittura probatoria. Sicchè neppur questo argomento cozza contro la scrittura che non sia impiegata già come prova, ma invece come mezzo di creare obbligazione: in questo secondo caso la scrittura *ex se* e senza bisogno alcuno di accordo delle

fin d'ora che sia il logico sviluppo della scrittura, che noi abbiamo di sopra attentamente seguito nelle varie e successive sue fasi, sia il testo importantissimo delle Istituzioni *de lit. oblig.* avente una evidente corrispondenza in quello di Gaio (III, § 134) ed una soddisfacente spiegazione nella parafrasi di Teofilo (1), ci portano ad inferire con tutta convinzione l'esistenza del contratto letterale ai tempi di Giustiniano insito nella forma sovraenunciata, e cioè nelle semplici scritture di debito (2). In quest'opinione ci precedono valentissimi

---

parti produce l'effetto suo d'obbligare e vale senz'altro quanto la *stipulatio* ed il contratto verbale, e più ancora, in quanto, trascorso il tempo utile della *exc. n. n. p.*, vale *omnimodo* fino al punto di non ammettere contro di sè neppur la prova contraria, neppure il giuramento; effetto questo che giammai si riscontra rispetto alla *stipulatio*, nè tampoco quando la scrittura sia usata a scopo di prova. Un secondo modo infine di spiegare il testo è quello ingegnosissimo usato dal Baehr (*op. cit.* § 34 p. 134 testo e nota 2); per esso « *non figura literarum sed oratione quam exprimunt literae obligamur...* » significa che non è già la forma delle parole *(figura literarum)*, sibbene il loro senso « *oratione quam exprimunt literae* » quello che costituisce il valore del documento; senso che pel prosieguo del testo si spiega esser quello attribuito alle *vocibus lingua figuratis* dalle parti. (Su questo testo V. anche Glück, *Pand.* XII, p. 148; Sintenis, nei *Sell's Iahrb.* I, p. 264; Heimbach, *op. cit.* p. 321; Huschke, *op. cit.* § IX, p. 125, nota 1). Per tal guisa cadono le deboli argomentazioni poggiate dagli avversarii sui testi, mentre s'elevano insormontabili ed imponenti quelle che confortano la teoria che sostiene l'esistenza del contratto letterale dei tempi posteriori, e che si concretano specialmente nei testi di Gaio (III, § 134) e delle Istituzioni Giustinianee (§ 2 de obligat. 3, 14, e tit. de lit. oblig. 3, 22), nonchè del c. 6, Cod. Theod. 2, 4, etc.

(1) V. da principio nota 3, pag. 5-6.

(2) Basandosi su principii e ragionamenti analoghi si fa della quietanza in genere un contratto formale liberatorio simile alla *acceptilatio* romana. Noi accettiamo questa opinione, e (pur riservandoci di accennare ai rapporti fra la quietanza e l'*exc. n. n. p.*) rinviamo, per non escire di stretto argomento, alla difesa fattane dal Baehr, *op. cit.* § 58 e segg. e nei *Iahrb. f. Dogm.* II, pag. 67 e segg. e dal Brinz, *Pand.* I, p. 638 — Contro V. specialmente: Puchta, *Kl. Schr.* p. 214, 611; Römer, nell'*Arch. f. civ. Pr.* XXXVI, p. 89; Arndts, nella *Krit. Ueberschau*, IV, p. 243 e segg.; Gerau, nella *Linde's Zeitschr.* XX, p. 77 e segg., 94 e segg., 102: Schlesinger, *op. cit.* p. 149, 293 e segg. — V. anche Savigny, *Obligationenrecht*, I, p. 178; Lang, *Crit. del prog. bavarese*, II, 123 e segg.; Cropp, negli *Heise u. Cropp. Abh.* I,

giuristi, primi fra tutti *Vinnio* e *Donello*, poi *Liebe*, *Cropp*, *Wetzell*, *Einert*, *Brinz* e sopratutti il *Baehr* (1), il quale secondo la franca

---

p. 113 e II, p. 352; ARNDTS, *Riv. trim. del Pözl*, V, p. 327 e segg.; GNEIST, *d. form. Vertr.* p. 31 e segg.; FRITZ, *Comm.* II, p. 420 e segg.; GÖSCHEN, *Pand.* § 448; HEFFTER, *Syst. d. Civ. Proc.* § 254; SINTENIS, nei *Sell's Iahrb.* I, §§ 277-278; UNTERHOLZNER, *Schuldverhaltn.* I, §§ 225-231; PFORDTEN, *Abhandl.* p. 300; LEYSER, *Med. ad Pand.* sp. 175, m. 4 e sp. 523 m. 6 e 7; BARON, *d. Gesammtrechtsverhältnisse*, p. 385 e segg.; SCHEURL, *Beiträge z. Bearbeitung*, II, 14; GLÜK, *Pand.* XVII, § 1027; UNGER, *Syst.* II, § 96, nota 17 e 19 e nel *die rechtliche Natur der Inhaberpapiere;* PFORDTEN, *Diss.* p. 300; WINDSCHEID, *Pand.* § 284, nota 7 e § 357, note 7 e 9; ARNDTS-SERAFINI, § 261 nota 2, § 267, testo e nota 2d. — Cons. anche per la prassi tedesca SEUFFERT, *Arch.* II, nn. 45, 234; III, nn. 216, 225, 395, 397; IV, nn. 173, 261; V, nn. 115, 244; VI, n. 19; IX, nn. 69, 223; X, n. 107; XVI, n. 255; XVII, n. 162.

(1) VINNIO, *Instit. ad h. t.* n. 7 (ed. di EINECCIO, II, p. 137) e *Selectae Quaest. Iuris*, I, c. XLI; DONELLO, ad c. 8 Cod. *de n. n. pec.* ed cit. VIII, col. 243-260. — LIEBE, *Stipulation*, p. 24-26, 378-384; CROPP, *op. cit.* I n. 18, §§ 2, 21; WETZELL, *Civilproz.* p. 143, 177; EINERT, *op. cit.* p. 7-77; BRINZ, *Lehrb. der Pand.* I, § 100, p. 421 e segg.; BAEHR, *op. cit.* specialmente §§ 36-37, 39, e *appendice*. — L' HUSCHKE che è uno dei più recenti scrittori sulla materia, pur non esprimendo aperta la sua opinione su questo punto, lascia arguire da tutto il contesto del suo n. 9 del § X, *op. cit.* che egli simpatizza per la teoria da noi propugnata. Egli infatti dopo aver sostenuto che, trascorso il tempo utile di opponibilità della *exc. n. n. p.*, il documento di mutuo diviene incontestabile ed astringe *omnimodo* al pagamento il debitore, che l' ha emesso, conchiude che da tal fatto nasce quel vincolo, che Giustiniano appella *literarum obligatio*, che altro non è che un quasi nuovo contratto novante l' anteriore contestato « *gleichsam einen neuen den frühern streitigen novierenden Contract* » (ivi pag. 145). Uscendo di Germania troviamo che questa teoria è stata validamente propugnata in Francia dall'ORTOLAN (loc. cit.), cui hanno fatto eco il MAYNZ, *op. cit.* II, § 248; il NAMUR, *op. cit.* II, § 312, 1-2; il FAURE, *op. cit.* pag. 38 e segg. Presso di noi si sono schierati decisamente per questa opinione lo SCHUPFER, *op. cit.* pag. 320-326; il POVERI, *op. cit.* II, 327; e benchè di volo il CARLE, *De exceptionibus in jure rom.* pag. 103, il quale appella il nuovo contratto letterale « *quaedam stricta literarum obligatio* ». — Quanto al SERAFINI, pur mostrandosi fautore della teoria avversaria nelle note all'ARNDTS (§ 262 nota 2, § 267 nota 2 in fine, § 281 nota 7), nelle sue *Istituzioni* non ci si pronuncia esplicitamente contro. Egli infatti al § 131 ammette che, trascorso il tempo utile dell'*exceptio n. n. p.* la scrittura venga ad obbligare *ex se* senza stipulazione nè numerazione; ma ritiene che sia inesatto l'appellare siffatta ob-

confessione di un suo stesso contraddittore, e dei più accaniti, ha trionfalmente battuta (1) l'avversaria teoria.

14. Un punto debole ha però la teoria del *Baehr* e dei suoi seguaci, e noi, per quanto ci siamo associati in massima alla sua conclusione, sull'esistenza, cioè, di un'obbligazione letterale recenziore, dobbiamo confessarlo; questo punto debole è quel che dà buon gioco agli avversari, i quali, come abbiamo visto, non sono nè pochi nè di scarsa autorità. Qual sorta di obbligazione è mai quella, esclama lo *Gneist* seguendo un vecchio appunto di *Bartolo* e di *Accursio*, che inesistente durante un certo tempo, il periodo utile dell'*exc. n. n. p.* sorge poi d'un tratto e prende vita e consistenza solo pel decorso di codesto periodo e senza che intervenga verun fatto giuridico a darle una ragione d'essere? E il *Fick* fa eco appellando principio contraddittorio questo sorgere aereo d'un'obbligazione senza motivo e sol pel decorso d'un certo tempo. Lo stesso *Baehr* (2) intuisce questa obiezione, ma la intuisce nella teoria avversaria, là dove egli rimprovera a questa di mettere avanti un istituto singolare, i cui principii ricalcitrano alla ragione naturale, in quanto esso si muove fra due estremi, che

---

bligazione col nome di letterale, in quanto diversa dalle *literarum obligatio* dell'antico diritto Romano; e che la nuova obbligazione letterale sia diversa e profondamente modificata dall'antica specialmente nella forma, pur restandone identico l'effetto rispetto all'efficacia delle scritture siamo i primi ad ammetterlo anche noi. Il Serafini poi, nonostante l'osservazione surriferita, intitola il suo § 31. « *Del contratto letterale del diritto Giustinianeo* »; e questa sua rubrica non accompagnata dai qualificativi di sedicente, di falso e simili usati dai Tedeschi nel nominare siffatto contratto, nè dalle stolte accuse d'invenzione e di creazione fantastica affibbiata a Giustiniano, c'induce a ritenere che codesto autorevole scrittore, oltre ad ammettere l'esistenza d'una obbligazione letterale ai tempi di quell'Imperatore, non sia in fondo alieno dal concepirla quale la concepiamo noi. — Il Ceneri (*Nuovi ricordi di cattedra e foro*, pag. 87-88) pure ammettendo che la dottrina contraria sia più conforme all'equità ed alla ragione giuridica è costretto a riconoscere che, dato il linguaggio reciso dei testi, è impossibile rigettare la tesi che noi sosteniamo.

(1) Lo Schlesinger usa precisamente questa frase « Baehr... *so erfolgreich bekämpften gemeinen Lehre gesetzt hat* » op. cit. II, § 15, p. 291.

(2) V. Baehr, *appendice*, n. 1 in fine.

cioè alcuni documenti da principio non provano nulla e più tardi provano incondizionatamente: il mezzo giuridico che opera ciò, esclama il *Baehr,* non lo si sa riportare ad alcuna figura processuale, s'ignora donde provenga e come se ne limiti l'applicazione. E postasi innanzi questa obiezione il *Baehr* crede di distruggerla completamente con la nuova sua teoria, mentre, bisogna esser leali, quest'obiezione si eleva e si fa assai più acuta contro la teoria del *Baehr,* che non contro quella dello *Gneist* e suoi seguaci. Neppure a noi persuade, lo diciamo francamente, il concetto di una obbligazione, che sorge di un colpo, come Minerva dalla testa di Giove, nè ci sappiamo spiegare come una scrittura semplicemente probatoria possa di punto in bianco, e senza che in essa si verifichi veruna modificazione oggettiva, nè veruna attività soggettiva per parte dei contraenti, divenire scrittura obbligatoria. Questo sì che è davvero un risultato che ricalcitra ad ogni ragione naturale e giuridica, e che non ha il conforto di alcun precedente, nè d'alcuna analogia di casi!

Ma per riparare a codesta obiezione, che è potente e di gravità indiscutibile, e per render forte ed incrollabile la teoria dell'esistenza dell'obbligazione letterale Giustinianea a noi sembra siavi una sola via di scampo quella cioè d'ammettere coraggiosamente l'esistenza d'una obbligazione vera e propria nascente *hic et nunc* dalla scrittura, tal quale come l'iscrizione trascritta col consenso del debitore sui *codices* dell'antico *paterfamilias* romano dava vita senz'altro alla *literarum obligatio* dell'epoca classica; e come ai tempi di Gaio *hic et nunc ex chirographis seu syngraphis* nasceva l'obbligazione letterale propria dei peregrini. Ed in vero da un canto il raffronto fatto da Giustiniano cogli antichi *nomina* è evidente là dove egli rammenta che « *olim scriptura fiebat obligatio* »; quei *nomina,* egli dice, oggi non sono più in uso, però v'è un succedaneo con effetti identicamente obbligatori; l'obbligazione letterale antica era scomparsa a poco a poco, ma al suo posto se n'era sostituita un'altra profondamente modificata e trasformata nelle sue modalità, ma serbante il suo effetto sostanziale, l'obbligatorietà, cioè, piena ed immediata della scrittura. Ed a rendere più esplicita la corrispondenza dell'antico col novello contratto letterale soccorre il testo del c. 6

Cod. Theod. (2, 4) là dove gl'Imperatori Arcadio, Onorio, e Teodosio statuiscono: « *si quis debiti quod vel ex foenore vel mutuo data pecunia sumpserit exordium, vel ex alio quolibet titulo in literarum obligationem, facta cautione, translatum est* ». Dove riscontrare meglio la novazione operata dal nuovo contratto letterale, novazione che costituiva, secondo la concorde opinione dell'odierna scuola, uno degli elementi essenziali dell'antica *literarum obligatio?*

D'altro canto il testo Giustinianeo, in cui si parla della nuova obbligazione letterale succeduta alla classica, è una riproduzione evidente del passo di Gaio relativo all'obbligazione letterale dei peregrini: basta ravvicinare le parole usate dall'Imperatore con quelle di Gaio per persuadersi che i *chirographa* considerati dalle Istituzioni Giustinianee, benchè alterati un tantino nella forma, sono nella sostanza e negli effetti i *chirographa* designati dalle Istituzioni di Gaio. Gaio infatti così si esprime (Comm. III, § 134): « *literarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat.* » E Giustiniano di rimando: « *si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est... cessante scilicet verborum obligatione.* » La corrispondenza balza evidente agli occhi di chicchessia! (1).

Il raffronto cogli antichi *nomina* e la riproduzione di Gaio confortano a parer nostro con efficace validità la nostra tesi e cioè, al pari degli antichi *nomina* nonchè dei chirografi e delle singrafe di Gaio, i documenti scritti di debito dei tempi Giustinianei erano *hic et nunc* appena emessi, efficienti di obbligatorietà. Ci si può obiettare contro una frase del testo Giustinianeo, la frase cioè « *dum queri non potest* »; è solo mentre il debitore non può querelarsi di *non numerata pecunia,* che la dizione del testo sembra voler ammettere l'obbligatorietà della scrittura. Rispondiamo che il testo non deve considerarsi puramente alla stretta stregua delle sue parole, sibbene nel suo spirito

(1) La parafrasi di Teofilo, bene osserva l'ORTOLAN, suffraga perfettamente questa tesi: « *Invenias tamen et hodie si diligentius inspicias in communi vita versari quamdam literarum obligationem, sed quae aliam formam aliamque figuram habeat...* »

e nel suo punto sostanziale che si rivela là dove dice: «... *sic fit ut et hodie... scriptura obligetur et ex ea nascatur condictio cessante scilicet verborum obligatione...* »; la scrittura anche oggi, come negli antichi tempi, obbliga e dà luogo ad una *condictio* a tutela del creditore, diventando per giunta assimilata e quasi sostituita alla *verborum obligatio,* tipo di obbligazione per eccellenza. Questo è il punto sostanziale del testo, il resto è modalità di termini e di forma.

Giustiniano aveva già fatto un passo immenso in pro della scrittura, affermando con un tassativo precetto di legge imperiale il passaggio che il documento scritto, smettendo la sua veste di pura prova, aveva fatto dalla giureprudenza provinciale nella pratica civile col divenire efficace di obbligatorietà, e succedaneo della *stipulatio;* forse codesto passo veramente colossale egli non osò di enunciare senza veruna restrizione nè limite, impigliato com'era in certi riguardi del passato eminentemente formale e di recente dismesso. Ma la massima era lanciata e l'obbligatorietà della scrittura appariva incontestata e lealmente affermata da tutto il contesto del testo, nonchè dallo spirito, che l'animava e che si rivelava anche nella significantissima restrizione del termine utile dell'*exc. n. n. p.*, restrizione atta a rinvigorire sempre più la forza obbligante della scrittura, svincolandola perfino dopo un breve tempo da qualsiasi opposizione, che le si fosse potuta per contingenze di fatto muovere contro. A conforto della nostra teoria sta ancora il già menzionato testo delle Istituzioni (§ 2 *de obligat.*), in cui enumerando i modi coi quali uno poteva obbligarsi, Giustiniano dice che ci si poteva obbligare *literis* senza aggiungere altro; ora l'obbligarsi *literis* vale quanto dire che le *literae* da per loro obbligavano; nè potrebbe dirsi che così fosse, se non già il fatto della scrittura, ma altri fatti ad essa estranei fossero stati atti a costituire il vincolo obbligatorio. D'altra parte colla teoria del *Baehr* ci si troverebbe di fronte ad un debitore, il quale irremissibilmente « *necessitate adstringitur pecuniae solvendae* », nè il vincolo che lo lega si saprebbe in quale delle quattro specie di obbligazione enumerate ivi da Giustiniano potesse farsi rientrare: non *re,* perocchè nell'ipotesi la *pecunia* non era stata al debitore numerata; non *verbis,* perocchè stipulazione nella ipotesi non doveva essere intervenuta, chè

altrimenti ogni questione sparirebbe; non *consensu*, perocchè per essere obbligato per questo mezzo il debitore dovrebbe consentire nell'affermare l'avvenuta numerazione della *pecunia;* non *literis*, perocchè, secondo lo stesso *Baehr*, non già le *literae* in sè, sibbene il decorso di un certo termine di eccezione verrebbe a vincolare il debitore. Che sorta di obbligazione strana ed uscente da ogni classazione giuridica antica e presente sarebbe mai stata codesta?!

Nè potrebbe seriamente obiettarsi che l'opponibilità della *exc. n. n. p.*, valesse a rendere impossibile l'esistenza di una obbligazione *ex scriptura*, contro cui codesta *exceptio* si fosse potuta elevare. Avanti tutto sta, e lo dimostreremo più tardi seguendo in qualche parte le traccie del *Baehr* stesso, che l'*exc. n. n. p.* non aveva che un ristrettissimo limite di applicazione circoscritto sia in rapporto alla natura ed alla qualità del documento scritto inserito, sia in rapporto alla causa di esso considerata nei suoi riflessi di esistenza e di tempo concorrenti o no con l'emissione del documento; ora dato anche che l'opponibilità dell'*exc. n. n. p.* valesse a distruggere l'esistenza dell'obbligazione, contro cui potesse essere elevata, forsechè vorrebbesi dal ristrettissimo limite di sua applicabilità estendere negli effetti dannosi a tutti gli altri casi di scrittura obbligante, nei quali la *exceptio* non occorreva? Sarebbe cosa assurda e risibile! Ma poi forsechè il fatto d'essere opponibile un'eccezione contro un'obbligazione poteva valere a far sì che questa non sussistesse o s'avesse a ritenere per scomparsa? Se un principio sì strano trionfasse, bisognerebbe mandare all'aria e dichiarare inesistente ogni obbligazione, perocchè contro quasi tutte le obbligazioni del Romano Diritto, ostava l'opponibilità d'un'*exceptio* concessa dalla giurisprudenza o dall'equità Pretoria! No, l'esistenza di una eccezione opponibile non toglieva a veruna obbligazione l'esistenza sua; e nel caso nostro il vincolo obbligatorio letterale durante il termine utile della *exceptio* poteva dirsi, lo ammettiamo, offuscato e suscettibile di scosse o di pericoli, ma sussisteva più che validamente.

La scrittura nelle funzioni sopra considerate non era affatto una prova, nè durante l'opponibilità della *exc. n. n. p.*, come vuole il *Baehr* coi suoi seguaci, nè tampoco dopo il decorso del tempo utile a siffatta opponibilità, come pretende lo *Gneist.* E che non fosse una

prova è dimostrato dal fatto che, decorso quel tempo utile, valeva *omnimodo* (1), fino al punto di non ammettere contro di sè neppur la prova contraria (2), neppure il giuramento (3); ciò che, quando la scrittura fungeva da istrumento di prova, non poteva giammai avverarsi, come si rileva luminosamente dal c. 18, Cod. *De probat.* (4, 19), che è una Costituzione di Diocleziano e Massimiano. Per tutte queste ragioni confortate anco dagli argomenti, che militano a favore d'una indiscutibile esistenza dell'obbligazione letterale al tempo di Giustiniano (4), noi sosteniamo che la scrittura *hic et nunc* senza decorso di verun tempo era efficace di produrre obbligazione, come ai tempi del diritto classico. Il negare alla scrittura questa immediata efficacia di obbligare sarebbe stato un toglierle qualsiasi valore, dacchè, secondo la teoria del *Baehr,* non sarebbe stata già la scrittura, che avrebbe data vita all'obbligazione, ma invece il decorso del tempo utile della *exc. n. n. p.*, e l'acquiescenza passiva mantenuta durante esso dal debitore, sia col non avere eccepita, se convenuto, l'*exceptio*, sia col non essersi reso attore querelandosi o protestando per la non avvenuta numerazione della pecunia. Ed allora sarebbe quasi più logica la teoria già accennata del *Meurer*, che lo *Schlesinger* adotta, e che lo stesso *Gneist* non osteggia, che, cioè, il contratto, di cui tratta il testo delle Istituzioni Giustinianee *de lit. oblig.*, non fosse già uno speciale contratto

---

(1) Arg. c. 8, Cod. *h. t.* (4, 30).

(2) Questo punto importante della non ammissibilità della prova contraria al di là del decorso dell'*exc. n. n. p.* ha uno stretto legame di necessaria corrispondenza colla teoria ora enunciata circa la per noi indiscutibile esistenza dell'obbligazione letterale nascente *hic et nunc ex scriptura;* in quanto l'ammettere, come sostengono molti scrittori, che l'*exc. n. n. p.* potesse opporsi oltre il suo termine, producendo il decorso di questo il puro e semplice passaggio dell'onere probatorio dal creditore nel debitore, importerebbe, come ineluttabile conseguenza, il perpetuarsi d'un ostacolo perennemente ostante al vincolo nascente dalla scrittura, intaccherebbe, cioè, l'esistenza dell'obbligazione letterale nascente da siffatto documento scritto, e di conseguenza la teoria nostra. Svolgeremo ampiamente a suo tempo questa connessa teoria.

(3) C. 14, § 3, Cod. *h. t.*

(4) Cfr. anche innanzi nota 2 a pag. 41-44.

letterale, ma piuttosto una speciale obbligazione *ex lege* nata dall'acquiescenza del debitore determinante presunzione di perfetta legittimità al documento scritto.

In altri termini noi crediamo che il negare un'immediata obbligatorietà alla scrittura valga quanto negare ogni esistenza di contratto letterale ai tempi di Giustiniano, perocchè o la scrittura obbligava, in quanto scrittura, ed all'infuori di ogni estrinseco elemento, e siamo nella nostra tesi; o la scrittura non obbligava *ex se*, ma occorrevano elementi ad essa estrinseci — quali il decorso del tempo utile e l'acquiescenza del debitore durante quello — ed allora la teoria di *Meurer*, *Gneist*, *Schlesinger* e dei loro seguaci è quella, che si mostra più degna di accoglimento. Nè si dica, come dice il *Baehr*, che questa controversia sull'esistenza o meno d'un nuovo contratto letterale fa pensare alla battaglia degli Unni di Kaulbach, nella quale figure fantastiche si levano per continuare in aria quella battaglia, che per la terra non ha più importanza. No, non è una questione puramente storica nè oziosa quella, che tiene desti su questo punto i giureconsulti specialmente tedeschi, perocchè si tratta di sostenere quello che è nell'interesse della scienza di sostenere per spiegar bene varii istituti odierni — primo fra tutti la cambiale — e, cioè, l'attitudine della scrittura rimasta intatta attraverso i secoli d'essere di per sè efficiente d'obbligazione. L'*Einert* sta a riprova di quanto diciamo: egli il fondatore del diritto cambiario Tedesco, come lo appella un suo stesso aggressivo e già menzionato recensore il *Fick*, egli, i di cui concetti, al dire del *Brauer* (1) furono tradotti in legge nel generale ordinamento cambiario tedesco, sì da valere su d'una superficie complessa abitata da oltre settanta milioni d'individui, egli, che già aveva portata una rivoluzione nella storia del diritto Tedesco col suo libro edito a Lipsia nel 1839: « *Das Wechselrecht nach dem Bedürfnisse des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert.* (Il diritto cambiario secondo i bisogni del commercio nel decimonono secolo) »; egli sentì il bisogno di proclamare altamente l'esistenza d'un contratto letterale

(1) Die allgemeine deutsche Wechsel-ordnung erlautert von *Wilh. Brauer* Einleit. pag. 4 (2ª Aufl. Erlangen 1851).

Giustinianeo per spiegare le origini e le tradizioni della cambiale, ed il suo già menzionato lavoro: « *Sulla natura e sulla forma del contratto letterale come si sviluppò al tempo della legislazione Giustinianea e paragonato colla cambiale* » è tutto ispirato a siffatto concetto. Neppure l'*Einert* però, per quanto la sua monografia sia arrischiata, ebbe il coraggio di ritrovare nella scrittura appena emessa tale contratto letterale, e non fece che precedere il *Baehr* nella teoria poi da questo svolta. Ora questo coraggio bisogna averlo; è l'unico modo di salvare il valore della scrittura, valore, che, ripetiamo, è essenziale tenere alto non per la storia soltanto, ma eziandio per la spiegazione scientifica di istituti odierni importantissimi. Questo coraggio tanto più è opportuno presso di noi in Italia, dove non si è sotto l'impressione, come in Germania, d'una giurisprudenza prevalente, che poggia su di una legislazione, la quale ignora una *obligatio ex literis* odierna, la quale non ammette la disposizione romana oggi scomparsa d'una scrittura obbligante incondizionatamente chi l'ha emessa dopo la decorrenza d'un certo termine; la quale infine conosce, o, per dir meglio, conosceva fino ad un certo tempo fa (1), una sola singolarità consistente nel fatto che un documento di debito contenente anche la confessione di ricevo non prova che dopo due anni, mentre in altri casi la forza probante del documento sorge immediatamente (2). Con una giurisprudenza atteggiata ad una legislazione di tal fatta è ben difficile liberarsi dalle impressioni, che emanano dall'ambiente moderno che circonda, per assorgere a soluzioni imparziali e pura-

---

(1) Prima l'art. 295 del Codice di Commercio tedesco, poi meglio il § 17 alinea 1° della legge di introduzione alla procedura civile dell'Impero *(Einführungsgesetz zur Reichscivilproceszordnung)*, uniformandosi ai motivi del corrispondente § 14 alinea 2° del Progetto del Consiglio dell'Impero, abolirono le disposizioni del diritto comune circa qualsiasi sospensione di forza probante di ogni documento di debito. Tale secondo disposto andato in vigore in Germania sul finire del 1878, e che parrebbe radicalmente decisivo, non ha tuttavia resa pacifica e concorde la dottrina tedesca sull'argomento, e precipuamente sul senso e sulla portata nei riflessi odierni della *exceptio* e della *querela n. n. p.*, intorno a cui tuttora v'è lotta e dissenso nella scienza e nella prassi.

(2) Cfr. Baehr, *Append.* n. I più sotto tradotto.

mente scientifiche intorno ad istituti antichi, di cui qualche parvenza sembra, falsamente è vero ma pur sembra riflessa nei precetti dell'oggi. Con siffatte impressioni spiegansi le teorie dello *Gneist* e seguaci completamente adagiati sulla prassi dei tribunali tedeschi, e si spiegano anche le incertezze ed i dubbi dell'*Einert* e del *Baehr*, i quali, pure avendo l'intuizione della giusta e vera soluzione, non osano di tuffarvisi, perchè prima d'essere giureconsulti di diritto romano sono giureconsulti del loro patrio diritto tedesco. Ma presso di noi scevri da codeste preoccupazioni la dottrina può e deve portare i suoi sereni risultati e giungere alle conclusioni testè suaccennate, che per noi sono le vere.

Tale è il nostro pensiero; nè osiamo affermare che sia insuscettibile di obiezioni e di forti critiche, per quanto ci sembri il solo adatto a soddisfare le esigenze scientifiche in ordine all'efficacia della scrittura. Il nostro è un tentativo di ricostruzione dottrinale e nulla più; nè ha la pretesa di demolire le teorie dominanti. Ci riterremo paghi, per conchiudere col *Baehr*, se saremo riesciti a rimuovere l'idea che sia stata detta l'ultima parola su questo punto; e se, coll'averne additata l'importanza scientifica, avremo spinto altri più competenti di noi a riprendere in esame la controversia, traendone nuovi ed utili resultati.

II.

L'EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE

§ 3.

ORIGINE E RAGIONE DELLA EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE

a) *Origine della Exceptio non numeratae pecuniae.*

SOMMARIO — 15. Origine controversa della *exceptio non num. pec.* Opinioni di GNEIST, WINDSCHEID, BAEHR, HUSCHKE — 16. Sviluppo della *exceptio non num. pec.* parallelo a quello del documento scritto. Rinvio.

15. Rilevato l'addentrarsi della *exceptio n. n. p.* nell'obbligazione letterale del nuovo diritto con arrecarvi una influenza maggiore o minore, a seconda della teoria che su tale obbligazione voglia adottarsi, occorre esaminare del nostro Istituto le origini, la ragione induttrice con accenno agli altri mezzi di difesa accordati a garentia del debitore *ex literis;* la caratteristica singolare infine consistente per noi esclusivamente nel termine utile di opponibilità apposto all'*exc. n. n. p.*

È molto controversa fra i giuristi la determinazione dell'epoca, in cui per la prima volta comparve nei testi la nostra *exceptio. Gneist* con copia di argomenti tenta di dimostrare che essa nella espressione da lui vagheggiata di puro beneficio di prova, sarebbe stata introdotta da una Costituzione dell'Imperatore Antonino Caracalla (1) verso l'anno 215. *Gneist* si fonda sul riflesso che molte leggi emanate fra gli anni 211 e 215 non fanno menzione del detto beneficio, mentre le leggi lasciate da Caracalla assassinato, com'è noto, sulla via da Edessa

(1) Rif. nei cc. 3 e 4 Cod. *h. t.*

a Caria nel 217, presuppongono l'Istituto in parola (1). *Windscheid*, associandosi all'idea di *Gneist*, vi aggiunge che l'*adseris* (2) interpolato nel c. 1 Cod. *h. t.* e nel c. 1 Cod. *si pign. conv.* (8, 33) testi identici (tranne che nel *redditae* del secondo sostituito al *numeratae* del primo), formati da una Costituzione di Settimio Severo, prova che nell'anno 198 non sussisteva ancora questa « diminuzione della forza probante della ricevuta scritta », come egli la chiama; mentre, presupposta come già vigente nella Costituzione di Caracalla inserita nei cc. 3 e 4 Cod. *h. t.*, viene più tardi con piena sicurezza indicata nella Costituzione di Alessandro Severo riferita al c. 8 Cod. *h. t.* Nota inoltre *Windscheid* che, a vero dire, le fonti della *exc. n. n. p.* « sono dei rescritti imperiali pe' quali essa è meno introdotta che riconosciuta e menzionata » (3). *Baehr* muovendo da un ordine di idee affini al senso di queste ultime frasi perviene tuttavia a conclusioni opposte, e con lungo e vigoroso ragionamento dimostra che la *exc. n. n. p.* nominata come la cosa più naturale del mondo da *Ulpiano* (4) vissuto sotto Caracalla, e menzionata, come un presupposto *de plano* esistente, dalla Costituzione di Caracalla, non è possibile sia sorta sotto di questo Imperatore, tanto più se avesse quel senso veramente rivoluzionario e innovativo di beneficio privilegiato, che vorrebbe attribuirle *Gneist*. Sarebbe infatti ben strano, per non dire assurdo, che nel lanciare un istituto nuovo e tale da costituire, come *Gneist* vorrebbe, un beneficio derogante senza precedenti a tutti i principii vigenti in tema di prova (ciò che noi tuttavia contestiamo), l'Imperatore lo facesse con parole pacifiche e normali, senza dare di tale radicale innovazione verun cenno espresso, e rappresentando anco una volta come materialmente identiche l'*exc. n. n. p.* e l'*exc. doli: «... exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae... »;* quasichè

(1) GNEIST, *d. form. Vertr.* p. 265-285. V. anche WITTE, *op. cit.* p. 197-201 e 225-228; HEIMBACH, *op. cit.* p. 623; HUSCHKE, § IX, *op. cit.* p. 103 testo e nota.

(2) Su questa *adseris* che si vuole da taluno interpolato dai compilatori, cons. GNEIST, p. 275. Contro: SCHLESINGER, *op. cit.* p. 301-304; HUSCHKE, *op. cit.* § IX, p. 104-105.

(3) WINDSCHEID, *Pand.* § 372 e nota 1.

(4) L. 29. D. *Mand.* (17, 1); L. 4, § 16, D. *De doli m. except.* (44, 4).

anche l'*exc. doli* si avesse a gabellare per beneficio di prova! *Baehr* sostenendo l'idea opposta, che la *exc. n. n. p.* non sia una creazione singolare, sibbene un istituto giuridico unitario ed organico, una pura *exceptio* nel senso romano e nulla più, avente una sola specialità, quella del termine, afferma che essa non ha un momento d'introduzione determinato; ma si trova come un portato della prassi preceduta alla teoria, e quale un istituto esistente e pacificamente ammesso (1) tanto nelle Pandette col linguaggio dei giureconsulti senza tuttavia risalire ai più classici, quanto nel Codice e nelle Istituzioni col linguaggio degli Imperatori (2). L'*Huschke* (3) associandosi in massima a questa opinione la conforta di nuovi argomenti, e, combattuti ad uno ad uno i passi addotti dallo *Gneist* a sostegno della sua dottrina, conchiude non potersi l'origine della *exc. n. n. p.* attribuire sicuramente all'epoca di Caracalla, sibbene, come per molte altre eccezioni comuni e normali, quale l'*exc. n. n. p.* è, ad un tempo molto anteriore e da riferirsi ai più antichi chirografi di mutuo.

16. L'*exc. n. n. p.*, secondo afferma *Gneist*, venne dapprima calcolata per le stipulazioni di mutuo semplici, vale a dire contratte solamente *verbis*, o consegnate in scritture aventi efficacia puramente probatoria. *Gneist* fonda la sua teoria su varii frammenti di classici giureconsulti (4) e su di un paragrafo delle Istituzioni di Giustiniano (5). L'*exc. n. n. p.*, sempre secondo *Gneist*, non tardò a passare dalle stipulazioni di mutuo consegnate in scritto ad altre scritture efficienti di obbligazione per sè stesse: e se non la si trova per gli antichi *no-*

---

(1) BAEHR, si accosta per questo punto agli antichi maestri di diritto, i quali ritengono che la *exc. n. n. p.* col suo diritto di prova sia antica come l'*exc. doli*. Essi aggiungono che solo la durata del tempo venne introdotta più tardi ad eccezione già esistente. Cfr. HUSCHKE, *op. cit.* § IX, p. 103, nota 1.

(2) BAEHR, p. 109-110 e *Appendice* nn. III-IV e XIII. Vedi anche HEIMBACH, *Cred.* p. 543, 646; PUCHTA, *Instit.* § 113 i. f.

(3) HUSCHKE, *op. cit.* § IX, n. 1 della rassegna storica, p. 102-112.

(4) GAIO, *Comm.* IV, § 116; LL. 2 § 3 e 4 § 16, D. *De doli m. except.* (44, 4) ambedue di Ulpiano.

(5) § 2, Instit. *De except.* (4, 13). V. anche Const. di Diocleziano riferita ne. c. 9, Cod. *h. t.*

mina transcripticia, forse perchè, al dire di *Ortolan*, siffatti ***nomina*** erano presto andati in disuso, mantenendosi nel tempo di loro esistenza nel severo rigorismo classico; s'incontra però in molti luoghi riguardo all'obbligazione *literis* contratta per *chirographum* o ***cautio*** (1). La *exc. n. n. p.* infine per *Gneist* si estese alle dichiarazioni di ricevimento o quitanze (2). Noi non dissentiamo in massima da questo ultimo sviluppo attribuito da *Gneist* alla *exc. n. n. p.*, come quello che è strettamente parallelo allo sviluppo graduale del documento scritto, sviluppo che noi abbiamo innanzi minutamente seguito, e che qui sarebbe un fuor d'opera ripetere (3). Però contro *Gneist* neghiamo recisamente sia l'influenza della *exc. n. n. p.* spinta fino al punto di annullare e rendere come mai esistita la forza obbligante della scrittura, che per noi è forza autonoma e di indiscutibile esistenza; sia il carattere di beneficio di prova inflitto alla *exceptio* stessa. Il primo punto di questa nostra antitesi contro *Gneist* l'abbiamo già esaminato; del secondo ci occuperemo fra poco, rimettendocene alla giusta dottrina del *Baehr*.

b) *Ragione dell'Exceptio non numeratae pecuniae. Degli altri mezzi accordati in vantaggio del debitore.*

SOMMARIO — 17. Ragione dell'introduzione della *exceptio non num pec.* — 18. Della *exceptio doli generalis* con quella concomitante a scelta del debitore — 19. Della *querela non num. pec.* e della *contestatio* — 20. Indole di codesti due istituti.

17. La ragione, per cui venne introdotta la *exc. n. n. p.*, fu di equità, onde eludere le frodi dei *foeneratores* od usurai, che in quei tempi, come sempre, abbondavano. Accadeva spessissimo che chi abbiso-

---

(1) CC. 3 e 5 Cod. *h. t.*; Cod. Theod. tit. *Si cert. pet. de chirogr.* (2, 27).

(2) GNEIST, *d. form. Vertr.* p. 266, 398 e segg. V. anche SCHLESINGER, *op. cit.* p. 250 e segg.; WITTE, *op. cit.* p. 217; WINDSCHEID, *Pand.* § 372 testo e nota 4; HUSCHKE, *op. cit.* § IX, p. 102 e segg.; ORTOLAN, *loc. cit.*; BONJEAN, *Tr. des actions chez les Rom.* II, § 316; DOMENGET, *Instit. de Gaius*, p. 595; SCHUPFER, *op. cit.* p. 322-324.

(3) Cons. innanzi nn. 10-12; e BAEHR, *op. cit.* § 36, p. 146 e *Append.* n. X.

gnava di danaro si rivolgesse ad un *foenerator* e, costretto dalla miseria e dalle ristrettezze, sottoscrivesse un documento, in cui si dichiarava debitore di una certa pecunia, che effettivamente nè all'atto della sottoscrizione, nè poi veniva a lui numerata: sicchè convenuto più tardi dal *foenerator* sulla base del documento sottoscritto, che lo astringeva come obbligazione letterale, fosse costretto alla restituzione di quel danaro, tal quale come se a lui fosse stato in realtà numerato. Per diritto comune niun dubbio che il debitore sottoscrittore del documento fosse da questo strettamente obbligato *literis*, nè potesse menarglisi per buona la semplice asserzione che la numerazione della pecunia non era avvenuta in suo favore. Ma contro i frequenti ed inqualificabili abusi dei *foeneratores*, contro questa iniquità di esigere il pagamento di una promessa fatta esclusivamente in vista di una numerazione di specie, che poi non erasi realizzata, prima insorse la prassi equitativamente accolta dai giudici, che poi a poco a poco ottenne la sanzione dei legislatori. L'*exc. n. n. p.* fu appunto il mezzo, che venne adottato a riparare la lacuna ingiusta del diritto stretto in pro del debitore dell'ora accennata ipotesi. A rendere siffatto mezzo efficace e rispondente allo scopo, per cui lo si instituiva, si attribuì al creditore, e non già al debitore eccipiente, l'onere di provare che la *numeratio pecuniae* asserita nel documento scritto era in realtà avvenuta. Ragione di ciò sarebbe stata, secondo una Costituzione degl'Imperatori Diocleziano e Massimiano, che ragionevolmente una negativa non poteva essere provata: «... *cum inter eum, qui factum adseverans, onus subiit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est) et ob hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia* » (c. 10 Cod. *h. t.*). Tali parole valgono a provare, sulla stessa confessione di *Gneist*, che la detta deroga di prova non costituiva affatto un beneficio probatorio, in quanto, per dirla con frase di codesto stesso scrittore, « esse accennano a tutt'altro che ad una singolarità »; perocchè, come bene osserva il *Baehr*, non può esservi diritto al mondo che consideri come *naturalis ratio* che chi impugna il contenuto di un documento rilasciato contro sè stesso volga per

ciò solo verso l'avversario il peso della prova (1). Ma, anche per quest'ultimo riflesso, per la spiegazione della detta deroga la or citata Costituzione non soddisfa. Un'altra spiegazione ci sembra più fondata, la quale si concreta in due ragioni. In primo luogo la frequenza di un certo genere di frode usitata a Roma e dichiarata da gran numero di testi traente occasione dall'essere lo scritto creatore di obbligazione redatto e sottoscritto dal debitore avanti la numerazione della specie, sicchè al mutuante di mala fede riusciva facile d'impadronirsene e di rifiutare poi lo sborso del contante: donde la presunzione contraria al possessore del documento attestante il mutuo; presunzione *iuris tantum* resistente, cioè, fino a che il creditore, cui nuoceva, non l'avesse distrutta, mediante la prova in contrario che lo sborso erasi in realtà da lui effettuato, e che il documento sospettato diceva il vero. La seconda ragione si ha nella tendenza della Giurisprudenza Romana di svincolarsi dalle forme rigorose dello stretto diritto antico, tendenza rivelatasi acuta specialmente in tema di obbligazione letterale (2).

18. Accordando siffatta *exceptio* espressa *in factum* non si tolse al debitore il diritto di esercitare, ove lo credesse opportuno, anche l'*exceptio doli generalis*, la quale si concedeva contro quell'attore, che si trovava in dolo pel fatto stesso di chiedere contro il convenuto una condanna, che egli sapeva da sè non essergli per equità dovuta, e che, sebbene non difforme dal diritto stretto, sarebbe stata per riuscire iniqua, ove pronunciata. Tale appunto era il caso del *foenerator*, il quale, benchè *iure stricto* creditore *literis*, commetteva dolo, quando

---

(1) Gneist, *d. form. Vertr.* p. 24. Contro Baehr, *App.* n. VI.

(2) Cons. Donello, ad c. 3, *h. t.* VIII, col. 220; Ortolan, *loc. cit.;* Bonnier, *op. cit.* I, n. 46; Domenget, *Instit. de Gaius*, p. 595; Faure, *op. cit.* p. 36-37; Doveri, *Istituz.* II, § 327; Schupfer, *op. cit.* p. 323; Ceneri, *op. cit.* p. 86. Il Bonjean (*op. cit.* II, § 316) fa notare che di questa deroga in materia di prova è scomparsa ogni traccia nelle legislazioni odierne, e non se ne trova un ricordo che nella legge speciale sugli ebrei dell'Alsazia, pei quali un decreto imperiale 17 marzo 1808 statuì che ogni creditore ebreo dovesse pregiudizialmente provare la realtà dello sborso avvenuto anteriormente in pro del debitore, contro cui il detto creditore ebreo agiva in ripetizione del denaro prestato.

chiedeva la restituzione di quella pecunia, che aveva promesso e che nel documento anticipato al ricevo il debitore aveva confessato come ricevuta, ma che il *foenerator* ben sapeva di non aver numerata. Al debitore spettava la scelta dell'una o dell'altra eccezione (1); scelta, che era di regola per lui libera, salve certe speciali limitazioni (2).

---

(1) Const. dell'imp. Antonino rif. nel c. 3 del Cod. *h. t.* Arg. anche da L. 29, D. *Mandati* (17, 1); L. 2, § 3 e L. 4, § 16, D. *De doli m. exc.* (44, 4); e da GAIO, *Comm.* IV, § 116: «... *Si stipulatus sim a te pecuniam, tamquam credendi causa, numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli te defendi debere* ».

(2) Premettiamo che sono limitazioni generiche e non speciali al caso dell'*exc. non num. pec.*, che noi enumeriamo sulle traccie del MILONE. Perchè possibilità di concorso delle due eccezioni ci fosse occorreva che intervenisse la scienza nell'attore dei fatti, che davano luogo all'*exc.*, senza della quale scienza, non essendovi dolo da imputargli, neppure poteva opporglisi efficacemente la *exc. doli* (arg. L. 2, § 5, D. *De doli m. except.* 44, 4; L. 177, § 1, D. *De reg. jur.* 50, 17). Ciò vale sopratutto pel caso nostro, allorchè non già contro il creditore, ma sibbene contro i suoi aventi causa si volgeva la *exc. n. n. p.*; perocchè era a presumersi che, a meno di contingenze specialissime, il creditore dovesse essere consapevole e sciente della non avvenuta numerazione di pecunia, da cui la *exc.* prendeva occasione; gli aventi causa invece potevano benissimo ignorare siffatta capitale circostanza. La ignoranza doveva riferirsi ai fatti, che davano luogo all'*exceptio* e non all'*exceptio* in sè stessa; giacchè, dati certi fatti, l'*exceptio* ne derivava per legge e però si sarebbe trattato, secondo osserva il BIRKMAYER, di una ignoranza di diritto, che non si sarebbe potuta allegare. Ed anche in ordine a quei fatti la possibilità dell'ignoranza doveva avere un termine nell'istante che dedotti dal convenuto essi venivano a conoscenza dell'attore; da quest'istante se l'attore, nonostante la scienza divenuta innegabile dei fatti, non desisteva dal giudizio, ma vi proseguiva, doveva ritenersi in dolo (arg. L. 2, § 3, D. *De doli m. exc.* (44, 4); L. 27, § 5, D. *De rei vindic.* 6, 1; L. 58, D. *De hered. pet.* 5, 3). È perciò che il WANGEROW, seguito dal DE CRESCENZIO e dal MILONE, pone l'alternativa del proporre o proseguire l'azione, malgrado la conoscenza dei fatti che renderebbero iniqua la condanna, per ben indicare la condizione in parola, sotto cui soltanto era operativa l'*exc. doli*. E non è già che non la si potesse dedurre senza quella condizione, ma, benchè dedotta non approdava all'effetto, cui sarebbe riuscita in vece sua l'*exc.* speciale del caso, e cioè per noi l'*exc. n. n. p.*, dacchè questa

È dubbio se scegliendo il debitore l'*exc. doli generalis* competesse al creditore l'onere della prova, come se avesse scelta l'*exc. n. n. p.*: noi contro l'opinione comune (1) riteniamo che il già citato testo del c. 3, Cod. h. t. risolva la questione in senso affermativo. Ecco infatti quel che tal testo dice: « *Si ex cautione tua... conveniri cœperis*, EXCEPTIONE OPPOSITA SEU DOLI SEU NON NUMERATAE PECUNIAE, COMPELLITUR PETITOR PROBARE PECUNIAM TIBI ESSE NUMERATAM, *quo non impleto* ABSOLUTIO SEQUETUR »; nessuna distinzione fra i due casi ergo « *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.* » S'aggiunga che l'*exc. doli generalis* accompagna e s'attaglia pienamente pel termine di opponibilità, come vedremo, e per ogni modalità, all'*exc. n. n. p.*, questa

---

era indipendente da quella condizione. Onde non era senza rischio l'usare l'*exc. doli*, piuttostochè l'eccezione del caso; giacchè valendosi dell'*exc. doli* il convenuto rimaneva esposto alla disputa, che i testi ci menzionano, dell'*an noceat doli exceptio* (L. 2, §§ 3, 4 e 7, D. *De doli m. except.* (44, 4), L. 36, § 3, D. *De testam. milit.* 29, 1), cioè del se cosiffatta eccezione, pel requisito interveniente o meno della scienza o coscienza dell'attore, potesse essere applicabile e venire accolta. Inoltre sebbene l'*exc. doli* non fosse infamante, come l'*actio* omonima, pure recando per l'essenza sua propria e pel nome una certa offesa a colui, contro il quale la si opponeva, veniva escluso il suo concorso, allorchè si contendeva con talune persone, cui era dovuto ossequio e riverenza — per es. i genitori ed i patroni —; rispetto a costoro non era dato allegare se non la speciale eccezione propria del caso, e quindi nella nostra ipotesi la *exc. n. n. p.* (L. 4, § 16, D. *De doli m. except.*) (44, 4). V. BIRKMEYER, *Die exceptionen*, § 16, p. 123-126; DE CRESCENZIO, *Sistema*, I, § 90 annot.; MILONE, *op. cit.* p. 83-86; HUSCHKE, *op. cit.* § IX, p. 101-102. Che anzi è appunto da questa impossibilità di volgere la *exc. doli* contro certe determinate persone che il BAEHR deduce una delle ragioni precipue e fondamentali della introduzione dell'*exc. n. n. p.*, argomentando dal citato testo di ULPIANO L. 4, § 16, D. *De doli m. except.* (44, 4), dove il Giureconsulto, dopo aver detto che non si dà contro gli ascendenti ed i patroni nè l'eccezione di dolo nè alcun'altra che possa offendere la loro riputazione, ma che l'eccezione in simili casi deve essere formata *in factum*, aggiunge a mo'd'esempio: «... *Ut si forte pecunia non numerata dicatur, obiiciatur exceptio pecuniae non numeratae...* ». V. BAEHR, *op. cit.*, § 27, p. 109.

(1) Arg. L. 18, § 1, D. *De probat.* (22 3); LL. 4, 19 § 3 *cod.*; L. 2, § 1 D. *De doli m. exc.* (44, 4); cc. 4, 8, 10, *Cod. de resc. vend.* (4, 44); c. 6, *Cod. de dolo malo* (2, 21). V. HUSCHKE, *op. cit*, § IX, p. 102.

non essendo altro che un equipollente di quella, a quella sostituita in certi casi, in cui per certi rispetti l'*exc. doli* non sarebbe opponibile: nulla di più razionale che anche nei riflessi della prova le due eccezioni concomitanti e gemelle in tutto subiscano lo stesso trattamento. Da questa soluzione balza anche un nuovo argomento avverso la falsa teoria, che vuole far consistere l'*exc. n. n. p.* in un singolare beneficio di prova.

19. Ad evitare poi il pericolo che il creditore *foenerator* lasciasse trascorrere il tempo utile per l'*exc. n. n. p.*, o per l'*exc. doli generalis* a quella parallela, prima di esercitare la sua azione contro il debitore, si diede a questo la facoltà di attaccare il creditore a mezzo di una *querela non numeratae pecunia* (1) così chiamata dal fatto che il debitore, secondo spiega il *Windscheid, querebatur de pecunia non numerata* (2).

Infine il debitore, pur non esercendo la *querela n. n. p.* per ripetere il documento, poteva togliere a questo ogni efficacia per mezzo di una protesta diretta al creditore. Tale protesta (3) fatta entro il tempo utile prescritto per l'*exc. n. n. p.* aveva per effetto, al pari della

---

(1) Const. dell'Imp. Alessandro Severo rif. al c. 7 Cod. *h. t.* « *Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis quae numerata non est, per condictionem obligationem repetere; et si actor non petat vel exceptione n. n. p. adversum agentem uti potestis* ». Const. dell'Imp. Diocleziano Massimiano rif. al c. 4 Cod. *De cond. ex lege* (4, 9): « *Si non est numeratum quod velut accepturum te sumsisse mutuo scripsisti, et necdum transisse tempus stastutum, vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando, reddi tibi cautionem Praesidiali notione postulari potes* ». V. anche la Costit. di Giustiniano c. 14, § 4, Cod. *h. t.* ed inoltre i seguenti testi c. 3, Cod. *De cond. ind.* (4, 5); c. 15, Cod. *De fideiussoribus* (8, 41); c. ult. Cod. *De solution* (8, 43); c. 9, *Cod. ad exhibendum* (3, 42); cc. 1 e 2. Cod. Greg. tit. *si deb. persol.*

(2) Windscheid, § 372 testo e nota 3. Cfr. Gneist, p. 63-89.

(3) Lo Gneist, a pag. 6, § 1 della sua tesi di laurea: « *De recentiore literarum obligatione* », che gli servì poi di sostrato e di punto di partenza per l'opera magistrale sui *form. Vertr.* così definisce questa protesta, che chiama *contestatio:* « *Contestatio est admonitio privata ad creditorem directa quod pecunia numerata non sit; quo facto exc. n. n. p. perpetuo competit* ». Tale *contestatio* egli poi dice essere atto stragiudiziale « *a mero debitoris arbitrio pendens* ».

querela, di rendere perpetua l'efficacia di per sè temporanea della *exceptio* stessa. Essa poteva consistere in un semplice scritto diretto al creditore contraddicente (1). Che se questi si era assentato o nascosto dolosamente, o se per qualsiasi causa il debitore non poteva fare a lui pervenire la sua protesta, allora si diede facoltà al debitore stesso di fare la protesta in via giudiziale per mezzo di una *denuntiatio.* Questa protesta, senza perdere nella sostanza il carattere di atto privato (2), era simile per la forma agli atti stabiliti da Giustiniano (3) per interrompere qualsiasi prescrizione. Essa consisteva nel fare una dichiarazione formale dinanzi ad un Magistrato, se a Costantinopoli; dinanzi ai *rectores* ed ai *defensores locorum,* se nelle Provincie; dinanzi al Vescovo, in assenza di funzionari civili o militari (4). Tanto la protesta del primo genere, che noi chiameremo diretta, in quanto si indirizzava direttamente dal debitore al creditore, quanto la protesta giudiziale per avere valore dovevano giungere a conoscenza del creditore, contro cui si facevano, sotto pena di inefficacia e di annullabilità: così opina il *Windscheid* (5), e secondo noi con piena ragione (6).

Per siffatta guisa il debitore venne fornito di due mezzi di difesa l'*exc. n. n. p*, e l'*exc. doli generalis;* e di due mezzi di offesa o di attacco la *querela n. n. p.* e la *contestatio* sotto la duplice forma di protesta privata o di protesta giudiziale *(denuntiatio).*

20. Qui cade in acconcio di ritornare un tantino sui nostri passi per accennare un punto assai controverso nella scienza, quale sia, cioè, l'indole dei due detti mezzi di offesa o di attacco. Varie sono le opinioni su tal proposito. Una prima enunciata dal *Cassaneo* e seguita poi dal *Mühlenbruch*, dal *Wening-Ingeneim,* e nelle linee generali

---

(1) CC. 8 e 14 § 4, Cod. *h. t.*; c. 5, Cod. *si cert. pet.* (4, 2); c. 2, Cod. *De cond. ex lege* (4, 9). V. GNEIST, *ivi* e WINDSCHEID, § 372 testo.

(2) GNEIST, *ivi:* « ... *Per se igitur actus privatus et similis forma ejus est illi quam Iustinianus in universum ad interrumpendam temporis praescriptionem introduxit.* »

(3) C. 2. Cod. *De annali except.* (7, 40).

(4) C. 14, § 4, Cod. *h. t.* V. DONELLO, ad h. L. col. 299-302.

(5) WINDSCHEID, § 372, nota 7.

(6) Arg. c. 14, § 4, cit.; Nov. 100, cap. 1 e 2, Cod. *De ann. except.* (4, 41).

anche dal *Cropp* e dallo *Schlesinger*, e presso di noi dal *Doveri*, pretende che la *querela n. n. p.* altro non fosse che la *condictio* della *cautio* (1). Una seconda opinione posta innanzi dal *Donello* e dal *Cuiacio*, e propugnata in massima anche dallo *Schulting*, dal *Marezoll*, dall' *Unterholzner* e dal *Baehr* sostiene che la *querela n. n. p.* valeva per una *contestatio* o *denuntiatio* di carattere strettamente privato atta a rendere perpetua la *exceptio n. n. p.* (2).

Per una terza opinione, che è la più accettata, la *querela n. n. p.* non era nè una *condictio* nè una *contestatio* privata, ma un che di simile ad un' azione, di cui nessun fautore di questa teoria sa determinare la forma e la vera essenza. Così per esempio *Glück* insegna che la *querela n. n. p.* poteva esercitarsi come una *quasi actio*, al fine di costringere l' avversario od a provare la numerazione del denaro altrimenti che colla *cautio*, od a restituire la *cautio* stessa. Caposaldo pel *Glück* è il testo del c. 8. Cod. *h. t.* laddove s' esprime: « *Si intra legibus definitum tempus qui cautionem exposuit questus est*, *exceptio*

---

(1) A CHASSANEO, *Alex. Severi rescripta univ. comment. illustr.*, 4, p. 405; MÜHLENBRUCH, *Doctr. Pand.*, § 378; WENING-INGENHEIM, *Lehrb. des gem. Civilrechts*, II, p. 643 (ediz. 3ª); CROPP, *op. cit.*, p. 343; SCHLESINGER, *op. cit.*, parte II, §§ 7, 8, 12, 16, 17; DOVERI, *Istituz.*, II, § 327. Il DOVERI, non osiamo dire con fondata ragione, appella la *querela n. n. p.* una *condictio sine causa* e non già una *condictio causa data causa non secuta*, come la maggior parte dei confautori di questa teoria.

(2) DONELLO, *op. cit.*, VIII, in varii punti del Commento al tit. del Cod. *de non num. pec.* e specialmente ai cc. 2, 3, 4, 6 ed 8; CUJACIO, nell' *Exposit.* nov. 100, nelle *Recit. ad h. t.* e nella *Observatio* IX, c. 38; SCHULTING, *Ius Antejust.* p. 162-166; MAREZOLL, nel *Magazin für Rechtswiss. und Gesetzgebung*, IV, Heft. 2, n. XIX, p. 386-392; UNTERHOLZNER, nell'*Arch. für civ. Prax.*, VII, p. 42-44, e *Verjährungslehre*, II, p. 35, nota 549; BAEHR, *op. cit.*, *App.* n. IX in fine. Sembra che a questa teoria aderisca anche il CARLE (*op. cit.* p. 104) là dove, dopo aver parlato dei rimedii della *exceptio n. n. p.* e della *condictio* per la ripetizione della *cautio*, scrive: « *Alterum vero remedium est querela vel denuntiatio de pecunia non numerata; potest enim protestari sibi pecuniam numeratam non esse, quamvis cautionem conscripserit spe numerationis; quae denuntiatio in scriptis facta adversus praesentem, vel apud Iudicem adversus absentem, ut Iustinianus docet, ei proderit, ne tempore excludatur.* »

n. n. p. hæredi et in haeredem perpetuo competit ». Questa *provocatio* di colui, che *cautionem exposuit*, era pel *Glück* precisamente la *querela n. n. p.*, ed al debitore doveva accordarsi eziandio l'uso della *condictio cautionis*, e, nel caso che l'avversario fosse stato assente, l'uso d'una *iudicialis protestatio*. Similmente il *Maier* distingue la *protestatio* e la *querela n. n. p.*: questa egli asserisce fosse una specie di *provocatio*, colla quale il creditore veniva costretto ad agire per fornire al debitore l'occasione di negare la numerazione del danaro. Anche il *Reinhardt* intende la *querela* per un rimedio d'azione accordato al debitore di non numerato denaro per costringere il creditore, in favore del quale la *cautio* era stata emessa, a restituire la *cautio* stessa, ove non fosse riescito a provare altrimenti, che col documento, l'avvenuta numerazione. Analogamente dicasi per *Pfeiffer*, per *Keyser*, come pei più antichi *Vinnio* ed *Höpfner*, pei quali tutti la *querela n. n. p.*, senza che si debba tener conto del suo nome, altro non era che una specie d'azione rivestita d'una forma singolare anticamente ignota al diritto Romano (1) e distinguentesi perfettamente dalla *contestatio* (2). *Marezoll* ed *Unterholzner* (3), basandosi principalmente sulla novella 100, negano cotale distinzione, e sostenendo che la *querela n. n. p.* si identificava colla *contestatio* e non costituiva affatto un indipendente rimedio di azione a sè, vengono a rientrare nella seconda delle opinioni enunciate.

Gneist (4) pure accettando che oltre l'*exceptio* e la *contestatio*

---

(1) VINNIO, *Comment. in Inst. ad tit. de lit. oblig.*, ed. cit. di EINECCIO, II, p. 734 e 738; HÖPFNER. *Comment.*, § 853; KEYSER, *Apud Zangerum in Tract. de except.*, II, p. 71; GLÜCK, *Ausführl. Erläuterung der Pand.*, XII, p. 144-145; MAIER, *De vera indole exceptionis n. n. p.*, p. 38; REINHARDT, *Vermischte Aufsätze aus dem Gebiete der reinen und angewandten Rechtswiss.*, I, p. 33; PFEIFFER, *Vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutsch. und röm. Privatrechts*, p. 128, 152-155.

(2) Arg. principalmente dalla cit. Costituz. di Giustiniano, c. 14, § 4, Cod. *h. t.*

(3) MAREZOLL, *op.* e *loc. cit.*; UNTERHOLZNER, *op.* e *loc. cit.*

(4) GNEIST, *De recent. lit. oblig.*, Dissert. cit. §§ 2-14, p. 6-34 e *d. form. Vertr.*, p. 63-89. Cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 372 testo e nota 3; BAEHR, *Append.*, n. III.

in tema di non numerata *pecunia* non potesse ammettersi un terzo rimedio arieggiante ad un'azione, nega tuttavia che *querela n. n. p.* e *contestatio* fossero assolutamente una stessa cosa. E premesso un lungo e dettagliato ragionamento sul significato nel diritto romano della voce *querela*, aggiungendo molto al già detto da *Brissonio* (1), con gran copia di argomenti tratti dai testi rigetta le opinioni riferite; e modificando lievemente, « *cum aliqua moderatione* » com'ei dice, la teoria dello *Schrader* (2) e del *Lauterbach* (3), in fondo sostiene che la *querela n. n. p.* era quell'*allegatio*, di cui il debitore poteva servirsi per stabilire la non avvenuta numerazione del denaro e costringere il creditore a provarla altrimenti che col documento scritto, cioè sotto le due forme dell'*exceptio n. n. p.*, se convenuto, e della *contestatio* se attore; donde ne risulta che il nome tanto di *exceptio n. n. p.* che di *contestatio* esprimevano una certa forma di quell'*allegatio*, mentre il nome di *querela n. n. p.* designava ambedue le forme e ad un tempo nessuna di esse presa isolatamente (4). Questa teoria collima con l'altra

---

(1) BRISSONIO, *De verb. signif.* V. *Querela.*

(2) SCHRADER, nell'ediz. delle *Inst. tit. de lit. oblig.*, sostiene che sotto il nome di *querela n. n. p.* si comprendeva insieme la *contestatio* e la *exceptio n. n. p.*

(3) GNEIST stesso confessa che traccia della sua opinione trovasi presso LAUTERBACH, la cui definizione della *querela n. n. p.* suona infatti: « *remedium quo quis pecuniam, quam spe futurae numerationis, se accepisse confessus est, se non accepisse queritur. Extat sub forma exceptionis, replicationis, protestationis et denunciationis, vel etiam actionis.* » V. *Collegium th. pract. Pand. tit. De reb. cred.* § 56 e segg. p. 780 e segg. Cfr. BOEKELMANN, *In Zangeri Tract. de except.*, II, p. 1369.

(4) L'ARNDTS sembra aderire a quest' opinione dello GNEIST, in quanto dice (*Pand.* § 281) che la *querela n. n. p.* prendeva forma di *exceptio n. n. p.* contro l'azione del preteso creditore, o di azione per riavere il documento di debito se non si era ricevuto il denaro, o infine di una protesta scritta all'avversario, o giudiziaria, con cui se ne contestava il contenuto. Così pure si mostra fautore dell'opinione dello GNEIST l'HUSCHKE, là dove chiama indistintamente mezzi della *querela n. n. p.* « *die Mittel der Querel* » (*op. cit.*, § X, n. 9, pag. 145): *a)* la *condictio causa data causa non secuta* accordata, secondo l'HUSCHKE, al debitore per convenire il creditore, che restasse inattivo, per la ripetizione del documento, con l'effetto di obbligare il creditore, nonostante la dichiarazione scritta di ricevimento del debitore, a

dello stesso autore, che la *exceptio n. n. p.* comprendesse sotto il suo nome due distinti mezzi giuridici, l'uno costituente una vera eccezione *(exceptio doli)* diretta contro l'obbligatorietà del documento di stipulazione o della scrittura di debito e non legata a termine alcuno; l'altro invece tecnicamente detto appunto *querela n. n. p.* non costituente una vera eccezione, ma un beneficio di dimostrazione contro la forza probante di certi documenti (1). Noi senza addentrarci nella intricata polemica che ci trarrebbe fuor del seminato, come respingiamo nel modo più reciso questa seconda teoria di *Gneist*, rigettiamo pure la prima. Noi non vogliamo combattere passo a passo l'abile ricostruzione di quel dotto scrittore, ma uno scopo ci s'affaccia evidente in quel mirabile rimpasto da lui operato sui testi, quello cioè di annebbiare tutto l'orizzonte del tema, in guisa da poter poi salvare e fare passar di straforo la sua teoria prediletta della scomparsa dei contratti letterali nei tempi posteriori. Quindi il tentativo abile, ma secondo noi non riescito, di confondere con linee di demarcazione nebulose e con capziosi dualismi i varii mezzi giuridici esplicatisi in tema di non numerato denaro.

---

dimostrare altrimenti il pagamento del capitale; *b)* la *contestatio*, che per l'Huschke altro non era che una protesta fatta dal debitore per iscritto, e dinanzi a testimoni, che egli non aveva ricevuta la numerazione del denaro; *c)* l'*exc. n. n. p.* mezzo da opporsi dal debitore contro il creditore agente. V. Huschke, *op. cit.*, § X, n. 8 p. 144-145.

(1) Gneist, *d. form. Vertr.*, p. 404. Contro Baehr, *Append.*, nn. II-III. Contro la teoria di Gneist e pel carattere, secondo noi, strettamente unitario della nostra *exceptio* ci rimettiamo alla dimostrazione fattane dal Baehr nei numeri dell'*Appendice* ora citati e da noi più innanzi tradotti.

§ 4.

DEL TERMINE UTILE DI OPPONIBILITÀ DELL'EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE

a) *Carattere, ragione e durata del termine.*

SOMMARIO — 21. La *exceptio non num. pec.* non era un beneficio di prova. Teoria di GNEIST combattuta da BAEHR. Rinvio — 22. Unica singolarità dell'*exceptio non num. pec.* era il termine utile di opponibilità. Sua ragion d'essere — 23. Termine controverso di un anno. Opinioni di GNEIST, di BAEHR e d'HUSCHKE — 24. Termine del quinquennio ridotto al biennio da Giustiniano — 25. Decorrenza del termine — 26. Altro provvedimento adottato a tutela del creditore: la *condemnatio in duplum.*

21. Noi respingiamo recisamente la teoria di *Gneist,* che vuole attribuire alla *exc. n. n. p.* il carattere singolare di beneficio di prova. Ci associamo invece completamente alla dottrina svolta dal *Baehr* con copia di argomenti storici e dogmatici nell'*Appendice,* che riportiamo più sotto integralmente tradotta. Il riferire qui siffatti argomenti sarebbe un inutile *bis in idem;* sicchè, rinviando per essi all'*Appendice* menzionata, della dottrina ci limitiamo ad enunciare la conchiusione, che la *exc. n. n. p.* non costituiva affatto un beneficio di prova; sua unica specialità e caratteristica consisteva nel limite del tempo utile di opponibilità ad essa apposto; specialità, che si risolveva praticamente nella tesi che dopo un certo tempo non si concedeva più una controprova contro il documento scritto contenente una dichiarazione di ricevo anticipata all'effettivo ricevimento; documento, che per noi costituiva *hic et nunc* appena emesso una obbligazione letterale per esso creata, mentre pel *Baehr* questo effetto si raggiungeva solo dopo il termine utile in discorso (1).

---

(1) Cons. BAEHR, *Append.*, specialmente ai nn. IV-VII, XIII-XVIII. Cons. anche LIEBE, *Stipulat.*, § 31; SINTENIS, nei *Sell's Jahrb.*, I, p. 267 e segg. e *Pract. gem.*

La teoria contraria, propugnata specialmente da *Gneist* (1), sostiene che la *exc. n. n. p.* era un beneficio di prova, pel quale il documento di debito, emesso contemporaneamente o anticipatamente al ricevimento in esso attestato, nulla provava in pro del creditore durante il periodo di opponibilità della *exc. n. n. p.*, cosicchè egli doveva con altri mezzi, e ***tamquam si instrumentum non esset***, dimostrare l'esistenza obiettiva e subiettiva del credito. Era soltanto dopo il trascorso del tempo utile della *exc. n. n. p.* che il documento scritto assumeva pel creditore una efficacia di pura prova con nessuna forza obbligatoria, e per giunta con la ulteriore ammissibilità della controprova.

22. Salvaguardato pienamente coi mezzi sovraccennati il debitore contro le male arti del *foenerator* o creditore, occorreva eziandio ovviare alle frodi possibili del primo contro il secondo. Poteva accadere che un debitore avesse rilasciato un documento di debito effettivamente anticipato alla numerazione del contante; poteva accadere che il creditore numerasse posteriormente in realtà il danaro colla fiducia nel documento esistente nelle sue mani, e senza darsi la briga di procurarsi altro mezzo di prova. Il debitore poteva a mezzo della *exc. n. n. p.* dimostrare che la dichiarazione di ricevo era falsa, perchè in fatto la numerazione del danaro non era avvenuta all'atto della emissione del documento, conforme, contro verità, era in esso attestato. Ne risultava che il creditore poteva, alla stregua del solo documento, soggiacere per tal guisa alle frodi del debitore e non ottenere la dovutagli restituzione di quel danaro, che egli posteriormente al documento aveva realmente sborsato al debitore. Il documento diveniva così inutile nelle mani del creditore, ed egli per conseguire il suo doveva dimostrare un altro fondamento materiale del suo credito, valendosi di prove al documento estranee. Ora il pericolo del creditore e la difficoltà della

---

Civilr., II, p. 260 e segg.; SCHLESINGER, che si mostra favorevole a questi autori in ordine al negare il beneficio di prova (*op. cit.*, Th. II, § 3, p. 188-189 e § 14, p. 269 e segg.), si scosta poi per certe modalità, combattendo in esse LIEBE e SINTENIS (*ivi*, § 1 p. 182-185), e BAEHR (*ivi*, § 15, p. 291 e segg.).

(1) GNEIST, *d. form. Vertr.*, p. 275 e segg. V. anche CROPP, *Jurist. Abh.*, I, n. 18, p. 342 e segg.

prova crescevano coll'aumentare della lunghezza del tempo passato dalla conchiusione del contratto, fino a divenire siffatta prova, dopo un certo decorso, impossibile: « *neque enim aequaliter semper probationes suppetunt illis, qui eas dare volunt; multas vero tempus quoque repudiat* » (nov. 100). Inoltre il silenzio del creditore conservato per molto tempo valeva anche da per sè ad indurre nella presunzione ch'egli fosse stato soddisfatto d'ogni suo avere: «... *temporis spatio gesto negotio consensum ac fidem accomodasti* ...» (c. 3 *de postul.* 2, 6). Era dunque necessario sotto tutti i rapporti limitare ad un certo tempo questo stato incerto ed anormale pel creditore, stabilendo un termine utile di opponibilità della *exc. n. n. p.*, e tale da togliere, dopo il suo elasso, ogni pericolo pel creditore, consolidando così in tutta la pienezza di efficacia e di vigore il documento scritto rilasciato dal debitore a garantia delle ragioni di credito in pro del creditore; documento, che, per quanto *hic et nunc* valido ed obbligatorio, poteva, come del resto ogni obbligazione, correre per le ragioni sopra svolte delle peripezie. Siffatta limitazione di tempo era tanto più giusta e razionale, in quanto al debitore era aperta la via di perpetuare in sua mano l'arma di difesa avverso il creditore, muovendo entro lo stesso spazio di tempo la *querela n. n. p.* ovvero la *contestatio*, di cui abbiamo detto poco fa: sicchè era immeritevole d'ogni riguardo quel debitòre, che col lungo silenzio lasciava intorbidarsi il rapporto giuridico. Queste considerazioni confortate dai frequenti abusi nell'uso della *exc. n. n. p.* indussero a vietare l'*exceptio* stessa al di là di un certo tempo. In questo senso provvidero i rescritti imperiali elevati poi da Giustiniano a diritto positivo.

23. Il termine utile della *exc. n. n. p.* sembra sia stato, prima, di un anno. A questo limite di tempo alcuni scrittori non accennano, altri non v'aderiscono. Rispetto ai primi è scusa la circostanza essersi quello dedotto solo dopo i lavori fatti sul *Corpus iuris* da *Haenel* (1), che ha messo in vista la Costituzione contenuta nel tit. 1 *de cauta et non numerata pecunia* del Codice Ermogeniano così concepita: « *Aurelius Alexio. Ex cautione non num. pec. non anni sed quinquennii spatio*

(1) Haenel, *Corp. Jur. Bonn.*, p. 65.

deficere nuper censuimus. Scripta VII Id. April. Sirmio Caes. A. Cos. ». « *Interpretatio. Secundum legem ex corpore Theodosiano: Si certum petatur de chirographis* (cfr. L. un. Cod. Theod. 2, 26) *quia de quinquennio habetur expositum, ideo hanc legem ex Hermogeniano credidimus adiungendam, quae tempora, intra quae contestari convenit de cauta et non numerata pecunia, idest intra quinquennium, evidenter ostendit* ». È controverso qual sia l'imperatore autore di questa Costituzione. L'*Huschke* (1) vuole che autori ne siano gli imperatori Diocleziano e Massimiano: osserva egli che, astrazione fatta dalla corruzione di *exceptionem* invece dello scrittovi a mano *ex cautione* (correzione operata da *Cujacio*), si è riconosciuto largamente che l'iscrizione *Aurelius* deve essere stata guastata e sostituita ad *Iidem Augg.*, di cui la parola *Iidem* negli estratti o supplementi si è tralasciata, e, volendo avere un nome di imperatore, da *Augg.* facilmente si è fatto *Aur (elius)*. Che gli *Iidem Augg.* poi vogliano significare gl'imperatori Diocleziano e Massimiano è per l'*Huschke* provato dalla sottoscrizione *Sirmio*, nonchè dal riflesso che il Codice Ermogeniano, come puro supplemento al Gregoriano, cominciò con questi imperatori, contenendo loro rescritti; e l'epitome Visigota, che da quel Codice ha tratto siffatti rescritti, contiene anch'essa, come tempo utile per l'*exc. n. n. p.*, un anno continuo (2). Il *Baehr* — mettendo innanzi, benchè in forma dubitativa, l'ipotesi che l'*Aurelius* possa essere degenerato per corruzione da *Alexander*, attribuendo egli all'imperatore Alessandro Severo il principio di ogni sanzione di limite di tempo — si addentra nel merito del riportato rescritto, e, contro *Gneist* (3), ne ritiene il principio travisato. Il *Baehr* opina che giammai il detto termine di un anno sia stato fissato; se anche il rescritto non è corrotto deve intendersi che risolva un dubbio, non già che fissi un termine. Forse da principio i giuristi non erano d'accordo sul tempo utile in questione; alcuni pretendevano che avesse a finire dopo un anno, altri

---

(1) HUSCHKE, *op. cit.*, p. 103 e *Schr. zur Pandektenkritik*, p. 95 e segg. e *Anm. zu Fragm. Vat.*, nella *Jurisprud. Anteiustin.*, 283.

(2) V. *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, VI, p. 279 e seg. e GNEIST, *d. form. Vertr.*, p. 18.

(3) GNEIST, *d. form. Vertr.*, p. 17 e segg.

dopo cinque. Al supplicante, che si mostrava dubbioso dell'erronea interpretazione di un anno, l'imperatore interpellato rispose facendo rimando ad un recente rescritto, nel quale aveva già stabilito il termine del quinquennio «... *quinquennii spatio deficere* NUPER CENSUIMUS ». A sostegno di questa interpretazione suffraga il concetto che era contrario al progresso continuo del Diritto Romano il fatto che un istituto giuridico avesse un balzo anormale di tempo, in guisa che, cominciando a valere per un anno, salisse poi a valere per cinque, per ridiscendere a valere per due. Suffraga poi anche esplicitamente il testo delle Istituzioni *de lit. oblig.*, in cui Giustiniano parla esclusivamente di un quinquennio, senza far menzione veruna del termine di un anno, che se fosse sussistito, Giustiniano non solo l'avrebbe accennato, ma si sarebbe vantato di ridurre il quinquennio al biennio per riavvicinarsi il più possibilmente al diritto anteriore. Suffraga in fine il parallelo dello sviluppo toccato al *beneficium separationis* (1), pel quale stabilitasi da principio, come per l'*exc. n. n. p.*, la tesi « *post multum temporis impetrari non posse* », venne poi siffatto *multum temporis* dalla prassi limitato a cinque anni (2).

24. Qualunque sia l'opinione, che sull'ora discusso rescritto voglia aversi, e qualunque sia l'imperatore, cui voglia di esso attribuirsi la paternità — sia Caracalla per lo *Gneist*, sia Alessandro Severo pel *Baehr*, sia Diocleziano per l'*Huschke* preceduto nella sua idea anche dallo *Schupfer* (3), sia Marco Aurelio per l'*Ortolan* — una cosa emerge chiara, che, cioè, si ebbe avanti Giustiniano, come termine utile della *exc. n. n. p.*, cinque anni, siccome anche conferma la Costituzione di Giustiniano inserita nel principio del c. 14, Cod. *h. t.*: « *in contractibus, in quibus pecunia vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur*, NON INTRA QUINQUENNIUM, QUOD ANTEA CONSTITUTUM ERAT, *n. n. p. exceptionem obiicere possit... sed intra solum biennium continuum...*»; Costituzione richiamata poi nel § un. *Inst. de lit. oblig.* con le parole: « ... *Multum autem tempus in hac exceptione (n. n. p.)* ANTEA QUIDEM EX PRINCIPALIBUS CONSTITUTIONIBUS USQUE AD QUINQUENNIUM

(1) Arg. L. 1, § 13, D. *De separ.* (42, 6).
(2) Cfr. BAEHR, *App.*, n. IX.
(3) SCHUPFER, *op. cit.*, p. 323.

PROCEDEBAT: *sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per Constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur »*. Queste disposizioni di Giustiniano, oltrechè l'anteriore termine quinquennale, indicano quello da lui con savia restrizione ivi motivata apposto all'esercizio della *n. n. p.;* il termine, cioè, di due anni.

25. Il tempo utile in parola cominciava a decorrere dal giorno del rilascio del documento, quando, come di regola, la sua consegna coincideva con quello. Che se la data del rilascio fosse stata anteriore alla consegna del titolo avvenuta posteriormente, allora il termine non già dalla data del rilascio, sibbene da quella della consegna cominciava a decorrere, tantochè Giustiniano in tema di quietanze (1) parla espressamente, come osserva l'*Huschke* (2), di « *dies post securitatis expositionem numerandi* ». Al debitore, cui giovava la non decorrenza di siffatto termine, incombeva l'onere della relativa dimostrazione, che poteva verificarsi in genere colla data del documento. Il detto tempo correva *continuum* ed ininterrotto fino alla sua scadenza. Si faceva una eccezione però pei minori, pei quali il tempo utile della *exc. n. n. p.*, come di ogni altra eccezione, cominciava a decorrere solo dopo che fossero giunti a maggiore età, cioè, dopo i 25 anni (3). Tale eccezione, come vedremo discorrendo della nostra *exceptio* riferita agli eredi nel trattare delle sue norme di applicazione, non valeva per l'erede minore subentrato nei diritti di un *de cujus*, pel quale già la eccezione avesse cominciato in vita a decorrere. Ciò perchè nel primo caso si trattava *de initio temporis,* mentre nel secondo si era in tema *de progressu temporis,* e, dato che il tempo in discorso era continuo e non interrompibile, esce chiara la diversa soluzione delle due ipotesi.

---

(1) C. 14, § 2 Cod. *h. t.*

(2) HUSCHKE, *op. cit.,* § X, n. 7.

(3) Const. di Giustiniano ins. nel c. ult. *Cod. in quib. caus. in integ. restit. necess. non est* (2, 41): « *Sancimus favore imperfectae aetatis exc. n. n. p. ab initio minoribus non currere, ne, dum in integrum restitutionem expectamus, vel aliquod emergat obstaculum per quod huiusmodi beneficio minor uti non possit, vel substantia eius subvertatur...* » Cfr. WINDSCHEID, *Pand.,* § 372, nota 2; HUSCHKE, *loc. cit.*

Per i maggiori di età poi, i quali per una giusta e necessaria causa fossero stati lontani *ex republica*, l'*exc. n. n. p.* correva bensì, ed a suo tempo scadeva, ma in compenso veniva loro concesso il *beneficium* della *in integrum restitutio* di quanto pel decorso dell'*exceptio* venivano danneggiati (1).

All'infuori di questi casi, di regola, trascorso il termine predetto senza che il debitore o avesse opposto l'*exceptio* se convenuto, o si fosse fatto attore mediante interposizione della *querela n. n. p.*, o della *contestatio*, l'obbligazione nascente *ex litera cautionis seu chirographi* diveniva ineccezionabile e legava inevitabilmente il debitore ed ogni suo avente causa, fosse pure un erede minore (2). E talmente lo legava che non solo non gli si permetteva di trasferire in sè l'onere probatorio prima spettante al creditore, lo che, contro l'opinione di alcuni, dimostreremo or ora, ma neppure gli si concedeva di deferire al creditore il giuramento *de non num. pec.* (3). Ragione di questa disposizione si era che come il giuramento aveva forza di lite contestata e di giudizio (4); così laddove non vi era l'obbligo di iniziare un giudizio, neppure doveva esservi l'obbligo di giurare. Ora, trascorso il tempo utile della *exceptio*, il creditore aveva fermo ed indiscutibile il suo diritto di credito nascente dal documento scritto, senza bisogno d'iniziare all'uopo giudizio di sorta; doveva egli dunque essere eziandio esonerato da qualsiasi obbligo di giuramento. La severità del legislatore prova una volta di più la sua ferma volontà che l'obbligazione proveniente dalla *cautio* o chirografo fosse una vera e propria obbligazione letterale, dotata d'ogni più ampia efficacia e validità; e rafferma lampantemente la tesi da noi su questo proposito propugnata.

26. Un secondo provvedimento in pro del creditore contro le frodi

---

(1) Arg. L. 1, D. *Ex quib. caus. maior. vigintiquinque annis in integr. restit.* (4, 6).

(2) C. 8, Cod. *h. t.*

(3) C. 14, § 3, Cod. *h. t.* Cfr. anche tit. D. *quod quisque juris*, 2, 2; c. 4, Cod. *De apochis*, 10, 22; Nov. 136, c. 6. — Cons. DONELLO ad h. c. VIII, col. 295-298; GLUCK, *Pand.* XII, p. 174; GNEIST, *d. form. Vertr.* p. 98; UNTERHOLZNER nell'*Arch. f. civ. Prax.*, VII, p. 50; BAEHR, *op. cit.*, p. 322; SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 264; HUSCHKE, *op. cit.*, § X, n. 10.

(4) L. 26, § ult. D. *De jurejurando* (12, 2).

del debitore, oltre alla limitazione del termine della *exc. n. n. p.*, si adottò dagli imperatori: e cade qui opportuno il farne cenno. Si stabilì che quel debitore, il quale avesse negato il suo debito valendosi della *exc. n. n. p.* contro il creditore, mentre questi a sua volta fosse riuscito a provare con opportuni mezzi, all'infuori del documento scritto, la verità del credito e l'avvenuta numerazione del danaro, dovesse, in pena della sua colposa temerarietà, pagare il *duplum* del debito disconosciuto; a meno che col giuramento deferitogli dal creditore non avesse già fatta la sua ritirata, riconoscendo che la *numeratio pecuniae* precedentemente negata era effettivamente intervenuta in suo favore; nel qual caso pagava le sole spese del giudizio (1). Perchè questa condanna

---

(1) Nov. 18, cap. 8, riassunta nell'*Auth. contra ad* c. 4, Cod. *h. t.* Da alcuni scrittori si è voluta sostenere l'inapplicabilità di questa pena del *duplum* sul riflesso che nella prassi poteva risolversi facilmente in una pena arbitraria. V. Gneist, *d. form. Vertr.*, p. 20. Contro e per la piena applicabilità V. Windscheid, *Pand.* § 263, nota 4 e § 372 testo e nota 8; Wetzell, *Civilproz.*, p. 179; Sell, nei *Sell's Jahrb.* II, p. 183; Rudorff, nella *Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch.*, XIV, p. 471; Sintenis, *d. pract. gem. Civilr.* II, 346 e nota 73; Schlesinger, *op. cit.*, p. 267; Huschke, *op. cit.*, § X, nn. 1 e 8. Notiamo che non soltanto nel caso nostro, ma eziandio in altri casi la negazione del debito fatta in un giudizio, in cui l'onere della prova spettava all'attore, produceva in pena, secondo il diritto Giustinianeo, l'obbligo ad una rifusione doppia *(eis infitiando crescit in duplum)* e precisamente: *a)* nelle obbligazioni di rifare i danni *ex lege Aquilia* (§§ 19, 23, 26, *Inst. de act.* 4, 6; L. 2, § 1, D. *ad leg. Aquil.* 9, 2); *b)* quando il convenuto negava l'autenticità di una ricevuta scritta, ovvero di avere avute le cose in quella enumerate ed indicate (Nov. 18, cap. 8), purchè però in ambedue i casi si riconvincesse il convenuto, ma non col giuramento prestato dall'attore o rifiutato dal convenuto stesso (L. 30, D. *De jurejur.* 12, 2; Nov. 2) V. Arndts-Serafini, § 252, nota 1. Sulla *poena infitiationis* anche in altri casi Cons. Sell, nei *Sell's Iahrb.* II, 1, 5; Huschke, *Nexum*, p. 175-212 e nella *Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch.*, XIII, pag. 256-284; Rudorff, nella stessa *Zeitschr*, XIV, 9; Sintenis, *d. pract. gem. Civilr.* II, § 101; Windscheid, *Pand.*, § 263. — Anche avanti Giustiniano il debitore, ch'era convinto di avere denegata in giudizio la sua scrittura, era condannato ad un'ammenda di 24 soldi d'oro a profitto del suo avversario; inoltre quando si trattava di atti *publice confecti* decadeva dal diritto di opporre l'*exc. n. n. p.*, che senza la frodolenta denegazione gli sarebbe spettata (Cost. dell'Imp. Costantino rif. nel c. 16, Cod. *De fide instrum.* 4, 21) V. Faure, *op. cit.* p. 34; Ceneri, p. 87.

nel *duplum* si effettuasse occorreva che il creditore attore ne facesse espressa domanda al giudice: in altri termini se il creditore non chiedeva che il semplice pagamento della somma mutuata, il giudice *ex lege* non poteva condannare il debitore altro che *in simplum* e non già *in duplum* (1). Il creditore però poteva riparare alla dimenticanza commessa coll'aggiungere una nuova domanda per siffatta condanna nel *duplum*, senza che gli occorresse di iniziare all'uopo un nuovo ed appartato giudizio, dacchè le parole della Costituzione di Giustiniano mostrano chiaramente la di lui volontà che il debitore *inficians et convictus* dovesse essere condannato al *duplum* dallo stesso magistrato chiamato a giudicare sulla domanda del semplice pagamento. Nè da questa *poena inficiationis* si liberava quel debitore, che, dopo aver denegata la verità della scrittura e la *numeratio pecuniae*, avesse poi durante il processo fatta la restituzione del danaro mutuato; in questo caso al debitore non veniva dal tardivo pagamento sanata la falsa denegazione commessa; ma convinto di questa egli veniva condannato a *praestare* solo il *solidum*, in quanto questo unito col *simplum* già pagato formava il *duplum* inflitto in pena della fatta dissimulazione. Nè valeva l'obiettare che l'equità ostava a che una somma già una volta sborsata fosse una seconda volta richiesta ed esatta, perocchè i due pagamenti erano distinti fra loro, in quanto l'uno andava a saldo del dovuto, l'altro *in poenam inficiationis;* eranvi cioè due azioni o domande, l'una contenente la *rei persecutio*, l'altra la *poena*, nè l'una poteva con l'altra compensarsi od elidersi (2). Con questo provvedimento della *condemnatio in duplum* si riuscì ad intimidire i debitori di mala fede, ed a stornarli dal servirsi temerariamente dell'arma della *exceptio n. n. p.*, che loro era stata concessa per difendersi, non per offendere (3).

---

(1) Arg. L. 4, § 8, D. *De damno infecto* (39, 2): « *Hoc autem judicium certam condictionem habet si postulatum est: caeterum qui non postulavit experiri non potest...* » L. 18, D. *communi divid.* (10, 3): « *Ultra id quod in judicium deductum est excedere potestas judicis non potest.* »

(2) Arg. L. 7, § 1, D. *De condict. furt.* (13, 1). V. DONELLO, *ad Auth. contra* ad c. 4, Cod. *h. t.* VIII, col. 231-234.

(3) La Cost. Giustinianea in esame infliggeva per converso la *poena* del *duplum* anche al creditore, che avesse denegata la propria scrittura di ricevuta *(apocha)*, o la *numeratio pecuniae* statagli fatta in restituzione della somma

b) *Effetti del decorso del termine della Exceptio non numeratae pecuniae.*

SOMMARIO — 27. Ragione della presente trattazione — 28. Nostra opinione negativa. Suoi fautori — 29. Opinione contraria. Suoi aderenti — 30. Principali argomenti addotti dagli avversarii. Primo argomento: illiceità dell'esazione. Confutazione — 31. Secondo argomento tratto dal § 4 della L. 25, D. *De probat.* Confutazione — 32. Terzo argomento: perpetuità delle eccezioni in genere. Confutazione — 33. Quarto argomento: concorso della *exceptio doli* con la *exceptio non num. pec.* attribuente a questa la perpetuità di quella. Confutazione — 34. Quinto argomento tratto dal concorso della *condictio* per la ripetizione del documento. Confutazione — 35. Sesto argomento riflettente i beneficii che, esistenti perdurante il termine di opponibilità, erano dal suo elasso eliminati. Confutazione — 36. Testi addotti all'infuori di quelli appoggiati agli argomenti enunciati. Rinvio — 37. Argomenti che militano in favore della nostra opinione — 38. Testi di legge che la confortano — 39. Conclusione.

27. Di questa importante questione promettemmo di occuparci, allorchè dimostrammo la per noi indiscutibile esistenza dell'obbliga-

———

mutuata, e che fosse stato convinto di tale simulazione. La *condemnatio* in *duplum* inflitta in questo caso al creditore, secondo Donello (*loc. cit.* col. 234), era più grave che non quella inflitta nel caso opposto al debitore: ciò perchè il debitore ad es. di 100 condannato *in duplum,* cioè a 200, perdeva in pena sol quello che era condannato a pagare in più del dovuto, cioè 100; il creditore invece era costretto prima a restituire la pecunia a lui pagata e già divenuta sua, cioè 100, ed a pagare per giunta altrettanto, come *poena infitiationis,* sicchè non 100, ma bensì 200 veniva a perdere. La ragione di questa peggiore condizione fatta al creditore poteva spiegarsi per Donello solo col riflesso che « *favorabiliores rei potius quam actores habentur* » (L. 125, D. *De reg. juris,* 50, 17). Tale concetto del Donello è evidentemente falso, giacchè non 200, ma 100, perdeva in realtà il creditore, in quanto dei 200 che sborsava, 100 non erano che una restituzione dell'illecitamente percepito e da doversi ritenere, contro l'errato presupposto di codesto scrittore, come mai entrato nel patrimonio effettivo del creditore stesso.

La *poena* del *duplum,* sempre secondo la detta Costituzione, si infliggeva poi anche contro il tutore ed il curatore nell'amministrazione dei minori rispetto alle loro scritture e confessioni.

zione letterale recenziore (1), come di questione che colla già svolta si trova in stretto legame di necessaria corrispondenza. E di vero l'ammettere, conforme alcuni scrittori pretendono, che l'*exc. n. n. p.* potesse opporsi oltre il suo termine utile, producendo il decorso di questo il puro e semplice passaggio dell'onere probatorio dal creditore nel debitore, importerebbe, come ineluttabile conseguenza, il perpetuarsi di un ostacolo perennemente ostante al vincolo nascente dalla *cautio* o dal chirografo, intaccherebbe, cioè, l'esistenza dell'obbligazione letterale nascente da siffatto documento scritto. Noi, che innanzi sostenemmo la indiscutibile esistenza della obbligazione letterale, non possiamo, naturalmente, per ragioni di logica convinzione, fare a meno di pronunciarci su di questa seconda e connessa controversia per una opinione decisamente negativa.

28. Per noi il debitore, se non si era valso dell'*exc. n. n. p.*, o della corrispondente *querela* o della *contestatio* entro il tempo utile innanzi specificato, restava inevitabilmente obbligato verso il creditore, ed il suo silenzio doveva considerarsi come un tacito riconoscimento che quanto egli aveva confessato nel documento scritto era pienamente ed indistruttibilmente conforme a verità. Trascorso quel tempo utile, la scrittura, che, secondo la nostra speciale opinione, era già *usque ab initio* obbligatoria, assumeva un consolidamento di ineluttabile verità e, alla pari di una *res judicata, pro veritate habebatur;* nè poteva rientrarsi in verun modo nella questione di merito, al debitore non restando altro scampo per liberarsi dal fatto suo, se non pagare o soddisfare il creditore. Questa opinione, sostenuta già per sommi capi da *Vinnio*, da *Donello*, da *Fabro*, da *Fabricio* e da altri classici scrittori (2), è ammessa anche da molti illustri

---

(1) V. innanzi nn. 13-14, testo e note, strettamente collegati colla questione presente, a cui gli argomenti ivi svolti possono in gran parte applicarsi. Alla questione, che in questo paragrafo si esamina, abbiamo fatto anticipato richiamo anche parlando del termine utile della *exc. n. n. p.* (V. innanzi n. 25).

(2) VINNIO, *Sel. Iur. quaest.* I, cap. XLI, p. 281-284; DONELLO, ad c. 8, Cod. *h. t.* VIII, col 252-259; FABRO, *De non num. pec.;* FABRICIO, *De except. n. n. p.;* EMANUELE DA COSTA, ad c. 3, Cod. *h. t.* etc.

giuristi tedeschi (1), ultimo fra essi l'*Huschke;* (2) e validamente propugnata in Francia e nel Belgio dall'*Ortolan*, dal *Maynz*, dal *Namur*

---

(1) TELLER, *De except. n. n. p.;* MEURER, *Jurist. Abhandl.*, n. 2, p. 27 e n. 3, p. 99 e segg.; PFEIFER, *Scritti varii*, n. 3; MÜHLENBRUCH, *Doctr. Pand.*, § 376, nota 6; HANSEN, nell'*Arch. f. d. civ. Prax.*, IV, n. 19, p. 45; ENDEMANN, *De chirogr. et except. n. n. p.;* WETZELL, *Civilproz.*, § 22, nota 35; UNTERHOLZNER, nell'*Arch. f. d. civ. Pr.*, VII, n. 1; CROPP, *Jurist. Abh.*, I, 18; LIEBE, *Stipulation*, § 31; SINTENIS, nei *Sell's Iahrb.*, I, p. 267, 284 (testo e nota 1) e segg. e nel *pract. gem. Civilrecht.*, II, § 96, nota 45, p. 260 e segg.; HEIMBACH, *Creditum*, p. 633 e segg.; EINERT, *op. cit.*, p. 30 e segg.; WINDSCHEID, *Pand.*, § 372 testo e nota 9 combinato con § 312, nota 2; BAEHR, *op. cit.*, §§ 27, 62 ed *App.* e nei *Jhering's Dogm. Iahrb.*, II, 333; SCHLESINGER, *op. cit.*, II, p. 180 e segg.; SALPIUS, *Novat. u. Deleg.*, p. 314-336; HOMMEL, *Rhaps. obs.*, 250; WALCH, *Controv. jur.*, p. 583. Questi giuristi però, all'infuori del BAEHR — delle incongruenze della cui opinione abbiamo discorso innanzi al n. 14 — dal decorso del tempo utile della *exc. n. n. p.* traggono questa sola conseguenza che il documento non contestato entro quel tempo faceva *piena prova* contro il soscrittore, si da non essere ammessa ulteriore controprova di sorta, ma non dava luogo ad una obbligazione letterale (Cfr. tuttavia pel MEURER, e per lo SCHLESINGER ammittenti una obbligazione quasi *ex lege*, innanzi nota 3 a pag. 39).

(2) HUSCHKE, *op. cit.*, § IX, p. 102, § X, n. 9. Riassumiamo i principii enunciati ivi da questo scrittore. Dopo avere nel § IX, p. 102, affermato esplicitamente che l'*exc.* e la *querela n. n. p.* potevano essere prodotte *con efficacia* entro il tempo utile e non dopo, nel § X, n. 9 poi svolge il suo concetto. Comincia col dichiarare esplicitamente che la decorrenza ininterrotta del termine senza piato da parte del debitore faceva sì che questi, anche se fosse stato un erede pupillo, fosse *omnimodo* tenuto al pagamento, potendo accampare il gravame di non aver ricevuto solo entro quel termine, *dopo non più;* sì da non essere neppure ammessa la delazione del giuramento. La quietanza del creditore dopo 30 giorni *omnibus modis* s'aveva a ritenere dal giudice come dimostrazione del pagamento fatto dal debitore. L'ammettere, che fece Giustiniano da quel punto in poi, segnatamente una *literarum obligatio*, e per conseguenza come un nuovo contratto novante l'anteriore contestato — alla stessa guisa che per la dote dal lungo silenzio del marito dedusse con finzione legale la volontà di obbligarsi προδηλός έστι βουλόμενος - deve intendersi nel senso di assoluta esclusione di ogni ulteriore mezzo del debitore per preteso non ricevimento, conforme in ciò anche i bizantini (Cfr. GNEIST, p. 94 e segg. ed HEIMBACH, *Creditum*, p. 676). Giustiniano del resto non ha niente in ciò mutato. Già Gordiano (C. 3, Cod. *De postulat.* 2, 6) trovava nella decorrenza del termine un *gesto negotio consensum ac fidem accomodare*, lo che in quel

e dal *Faure* (1); e presso di noi dal *Doveri*, dallo *Schupfer*, dal *Serafini* (per quanto non in modo spiccato), e più recentemente dal *Carle*, dal *Ceneri* e dal *Buonamici* (2).

---

tempo si riferiva soltanto al documento di stipulazione; e ciò fu infatti sempre in armonia col principio della *exc. n. n. p.* devolvente il peso della prova al creditore. Sicchè per la stessa *ragione anche l'opinione sedicente più equa, che non manca di seguaci, secondo cui il debitore anche dopo il termine sarebbe ammesso alla contro dimostrazione, dev'essere rigettata;* poichè l'anomalia giusta in sè (per la natura di questa specie di documentazione constatante un fatto non rispondente a realtà, quale è quello della numerazione) di togliere al creditore il suo diritto processuale di dimostrazione nascente dalla pura dichiarazione propria del debitore inserita nella rilasciatagli scrittura di mutuo, si cambierebbe in ingiustizia, se non fosse controbilanciata dall'altra anomalia di escludere dalla controdimostrazione il debitore, che lasciò per tanto tempo senza richiami la scrittura nelle mani del creditore. In altre parole l'inibizione di una ulteriore controdimostrazione è per dir così una anomalia, la quale controbilancia l'altra anomalia consistente nella deviazione di prova data in pro del debitore durante il tempo utile della *exc. n. n. p.*, e vale a mettere un termine al pericolo di irregolarità, per non dire d'ingiustizia (secondo l'erroneo appunto fatto dal Windscheid), in cui trovasi durante siffatto tempo utile il creditore. La detta inibizione è necessaria anche per salvare la malattia del chirografo, contro il cui timore d'invasione si schierarono in questo senso Trebazio e quelli della sua scuola. Il trasferire, che fece Giustiniano, di quest'inibizione dal campo della procedura in quello del diritto materiale, trovò la sua ulteriore conseguenza in ciò, che la negazione della genuinità del documento o del ricevimento dimostrata non giuridica fu risguardata sotto il punto di vista della legge Aquilia rispetto ai danni, e quindi fu punita colla *condemnatio in duplum.* Se la prassi tedesca ha rigettato spesso, come dura, questa pena, doveva tanto meno toccare ciò che anche senza di essa pena deve colpire il convenuto dopo la decorrenza del termine, per vedute di equità, come conseguenza processuale, la inibizione, cioè, d'ogni diritto di controprova. Nè vale alcunchè — e questo riflette sempre non il Diritto Romano ma la prassi odierna tedesca — l'obiezione mossa dal Glück (*Pand.* XII, p. 272) tratta dal Diritto Canonico, che non permette prescrizione alcuna *malafide,* perocchè il Diritto Canonico non ha mai pensato, così dettando, di alludere all'effetto processuale della decorrenza del termine in esame. Quel principio indirizzato *ad substantiam* non può certo rivolgersi, anche per altri rispetti, a disposizioni strettamente processuali *ad probationem.*

(1) Ortolan, *op.* et *loc. cit.;* Maynz, *Droit Romain,* II, § 248; Namur, *Inst. et Hist. de Dr. Rom.*, II, § 312, n. 1-2; Faure, *op. cit.*, p. 38.

(2) Doveri, *Inst.*, II, § 327; Schupfer, *op. cit.*, p. 323-324; Carle, *op. cit.*, p. 103; Ceneri, *op. cit.*, p. 87-88. — Il Serafini, *Istituzioni*, § 131, a vero

29. Non mancano tuttavia i fautori di una tesi contraria che, cioè, il debitore non colla *exc. n. n. p.*, ma con altri mezzi potesse sottrarsi all'adempimento della sua obbligazione, anche al di là del tempo utile di detta *exceptio;* purchè assumesse in sè l'onere della prova, che durante quel tempo spettava invece, com'era noto, al creditore. Questa teoria accolta da parecchi autori antichi, pei primi da *Bartolo* e da *Accursio*, poi da *Barone*, da *Schneider*, da *Baccvio*, da *Perez*

---

dire, sulle traccie degli scrittori tedeschi, si limita ad ammettere che, trascorso il termine utile della *exc. n. n. p.*, il documento scritto faceva *piena prova:* però del richiamo che fa in nota (*ivi*, nota 3) dello SCHUPFER, ci sembra possa arguirsi che egli non sia alieno dall'associarsi alla teoria caldeggiata da questo illustre scrittore, che è consona, nella sostanza, alla nostra. A questa conclusione c'induce anche la circostanza che il SERAFINI nella nota 7 del § 281 delle *Pandette tradotte* dell'ARNDTS (che fa riscontro al testo precisamente là dove l'autore afferma che, scorso il termine utile dell'*exceptio* e *querela n. n. p.* senza opposizione del debitore « la scrittura acquista pieno valore di prova ma non esclude la prova contraria, se ne togli il giuramento »); enumerando i principali fautori della teoria contraria all'ARNDTS, e che in fondo è la nostra, l'appella solamente « *interpretazione più rigorosa* », senza muovere osservazione di sorta a questa incertezza quasi contraddittoria dell'ARNDTS stesso. Cfr. rispetto al SERAFINI innanzi nota 1 p. 45-46 in fine. — BUONAMICI, *monogr. cit.*, § 35. Di questo scrittore che, come abbiamo visto (V. innanzi nota 2 a pag. 39), nega l'obbligazione letterale del nuovo diritto da noi ammessa, e che su questa seconda questione a quella connessa si trova con noi d'accordo, è opportuno riportare le testuali parole: « Tanto la *querela n. n. p.* come l'*exceptio* « doveva essere adoprata in un corso di tempo fissato dalla legge, che avanti Giu- « stiniano era di cinque anni; da Giustiniano stesso ridotto poi a due. Allo spirare « di questo termine *non potendosi più opporre la negativa del fatto*, il docu- « mento assumeva la qualità di presunto vero, *di non impugnabile*, e quindi fonte « diretta di obbligazione: a questo oggetto bastava dunque che il contenuto fosse « scritto e non negato o attaccato giudizialmente per un certo tempo. Giustiniano, in « sostanza, conservando le antiche regole, non indusse che delle modificazioni, vale « a dire, portò a due anni il quinquennio antico, ed al firmatario del chirografo diè « facoltà d'impedire che il creditore, non chiedendo pagamento dentro due anni, ren- « desse inutile l'*exc. n. n. p.* Ecco l'obbligazione letterale Giustinianea, la quale, « come vedete, non è una vera obbligazione letterale. Si può chiamare un docu- « mento provato dalla stessa scrittura, ossia un documento contenente *un fatto* « *non più impugnabile*, ma quanto alla obbligazione la causa della medesima « non è la scrittura, bensì il fatto stesso *diventato innegabile.* »

e da altri, venne più tardi caldeggiata da non pochi scrittori tedeschi, fra cui primeggiano il *Savigny*, il *Puchta*, il *Keller*, il *Thibaut*, lo *Gneist*, l'*Arndts*, il *Fick* (1).

Siffatta opinione, che prima poteva dirsi, e si appellava infatti comune *(gemeine)* in Germania, ha perso a poco a poco terreno, specialmente dopo gli importanti lavori, per tacere di altri, dell'*Einert*, del *Baehr* e dello *Schlesinger*. Nel Belgio ha un solo fautore nel *Van-Wetter* (2), e presso di noi non ha fautori di sorta, neppure fra coloro, che negano la obbligazione letterale recenziore, sorvolando sulla questione il *De Crescenzio* (3), palesandovisi decisamente contrario il *Buonamici*, e, benchè meno spiccatamente, il *Serafini*. Principio sostenuto da codesta teoria avversaria è che il decorso del tempo utile della *exc. n. n. p.* altra influenza non aveva sul documento scritto, all'infuori di dare a questo destituito d'ogni valore durante quel tempo, una forza di prova *juris tantum*, distruggibile, cioè, sempre da altre prove più convincenti, che il debitore convenuto avesse potuto addurre contro il documento stesso e contro il negozio in esso dichiarato.

30. Esaminiamo gli argomenti principali, che, a sostegno di questa teoria, si adducono, per scendere poi, dopo averli oppugnati, alla enunciazione di quelli, che confortano la tesi da noi propugnata.

1.°) Le illecite esazioni non dovevano ammettersi mai « *illicitas* « *exactiones... et cautiones... sine pretii numeratione prohibeat*

---

(1) PUCHTA, *Pand.*, § 305, nota 9; KELLER, *op. cit.*, § 298, i. f.; THIBAUT, *System.*, I, § 488; GNEIST è da notare che sostiene questa opinione decisamente nella *Krit. Zeischr. f. Heidelberg*, I, p. 485, mentre nella sua opera maggiore dei *form. Vertr.*, a p. 89, 195 e segg., coll' accettare in massima il concetto del documento faciente prova piena dopo il decorso del termine della *exc. n. n. p.*, accenna a non dissentire radicalmente dalla nostra teoria, tanto che è posto dall'ARNDTS-SERAFINI fra i fautori della menzionata così detta « interpretazione più rigorosa »; ARNDTS, *Pand.* tradotte dal SERAFINI, II, § 281 e nella *Münch Krit. Uebersch.*, IV, p. 236; FICK, *Recens. cit.*, p. 487 e segg.

(2) VAN-WETTER, *Dr. Rom.*, II, § 364.

(3) DE CRESCENZIO (*Sistema*, II, § 339, i. f.) non si sofferma sulla controversia, ma accenna senz'altro alle disposizioni delle obbligazioni letterali ai tempi di Giustiniano, nei quali, secondo lui, può solo essere riguardata come una specie di *obligatio literarum* la quietanza.

« *praeses provinciae*... (L. 6, D. *De off. praes.* 1, 18) »: ora sarebbe stata una esazione illecita ed iniqua quella che si fosse fatta dal creditore, non ostante che il debitore fosse stato pronto a provare che la pecunia, che dal creditore si voleva esigere contro di lui, non gli era stata giammai numerata. Rispondiamo che dato il campo ristretto, a cui, come vedremo, opiniamo fosse circoscritto l'uso della *exc. n. n. p.*, al caso, cioè, del documento riferentesi ad una prestazione di mutuo contemporanea o futura, non poteva affatto dirsi illecito od iniquo che colui, il quale dopo avere con un proprio chirografo confessato di essere debitore, e che la pecunia gli era stata contemporaneamente numerata, o dovea essergli numerata in un momento futuro, poi di fronte alla non avvenuta confessata o promessa numerazione se n'era rimasto in un remissivo silenzio di ben cinque anni avanti Giustiniano, o di due anni poi; pagasse la pena della sua negligenza e del suo quasi disprezzo per l'aiuto, che la legge gli aveva ampiamente offerto. Niente cioè di più razionale che un debitore di tal sorta fosse astretto a mantenere fede alla sua confessione *facta et testata literis*, ed a pagare la corrispondente pecunia. E d'altro canto forsechè per un debitore incauto, il quale per avere emesso un documento attestante un ricevo contemporaneo o futuro, senza che la numerazione del contante si fosse in suo favore effettuata, e che, per essere per giunta rimasto zitto e senza piatire per un lungo spazio di tempo, poteva per esclusiva sua colpa trovarsi nella ipotetica condizione di dover pagare quanto non aveva in fatto ricevuto, dando luogo così ad una cosiddetta illecita esazione; per costui, diciamo, si sarebbe dovuto lasciare scoperto ed indifeso ogni creditore cauto, che si fosse fatta rilasciare una scritta di pagamento effettivamente fatto, col rendergli lettera morta in mano la scritta stessa (chè a questo si ridurrebbe la teoria contraria), ed esporlo così al più che probabile rischio di perdere il suo danaro, se non aveva altre prove a sostegno delle sue ragioni, oltre al documento, che gli si sarebbe voluto rendere irrito ed inefficace? Ma da quando in qua, come bene osserva il *Baehr*, le leggi debbono concedere beneficii a favore dell'incauto a spese del cauto? Che se poi il documento, non già a ricevimento per mutuo contemporaneo o futuro si riferiva, ma a debito *ex causa praecedente*, allora l'estremo della negligenza e del quasi

disprezzo alla legge, di cui nel caso anteriore, non ricorreva, in quanto la *exc. n. n. p.* non era applicabile, come dimostreremo fra poco, (1), e poteva sempre dal debitore elevarsi quella *condictio* od *exceptio indebiti*, che era data contro ogni illecita pretesa di esazione non dovuta.

31. 2.°) Prenotiamo che questo secondo argomento contrario, per quanto addotto isolato, si riattacca, secondo noi, all'antecedente. Cessato il beneficio, secondo gli avversarii, singolare e privilegiato della *exc. n. n. p.*, mediante il decorso del suo tempo utile di opponibilità, si doveva far ritorno ai principii generali vertenti in tema di indebito e permettere al debitore di dimostrare « *sese indebite promisisse* », mediante le « *evidentissimae probationes in scriptis habitae* », di cui nel tanto controverso frammento di Paolo § 4, L. 25, D. *De probat;* al quale fa riscontro la Costituzione di Giustino riferita nel c. 13, Cod. *h. t.* Prescindiamo dal rilevare quello che molti autorevoli scrittori (2) affermano, che, cioè, il detto passo di Paolo è apocrifo, o che per lo meno, ciò che sostengono alcuni e, secondo noi, con maggior ragione, lo stile, in cui è redatto, indica fino all'evidenza una interpolazione fatta dai compilatori. Ciò sui riflessi che le espressioni *cautio indebite exposita*, *indiscrete loquitur*, *indebite promisisse* non possono appartenere alla lingua del tempo classico, sibbene a quella del Basso Impero (3); che la restrizione, che il passo esige nelle prove scritte,

(1) V. innanzi n. 30 e BAEHR *Append.* n. VIII.

(2) FABRO, *Conject.*, XVIII, c. 20 in f.; CUJACIO, *Observ.*, 21, c. 25 e *Comm. ad h. t.;* SAVIGNY, *Obligationrecht*, II, p. 265; WINDSCHEID, *Pand.*, § 318; RUDORFF, *zu Puchta's Inst.*, III, § 271 e *zu Puchta's Pand.*, § 257 h., nota 9; FITTING, nella *Zeitschr. f. Handelsrecht*, III, p. 293; ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, § 233, n. 7. Cfr. anche BONNIER, *Tr. des preuves*, II, n. 680 e FAURE, *op. cit.*, p. 34-36.

(3) GNEIST (*d. form. Vertr.*, p. 206), sebbene non escluda la possibilità che anche il frammento qui considerato, abbia, come i paragrafi anteriori della stessa legge, subite essenziali modificazioni dalla penna antiscientifica dei compilatori, nega tuttavia che tutto il passo risenta del linguaggio della decadenza ed afferma che la latinità del § 4 controverso è migliore assai della Costituzione di Giustino, e che parecchie espressioni di quel passo rispondono assai meglio allo stile classico, che non quelle della Costituzione stessa. Cfr. anche BAEHR, *op. cit.*, § 38, p. 154 e segg. BAEHR ammettendo come indiscutibile che sieno nel frammento di Paolo avvenute delle interpolazioni almeno, nota come specialmente nell' ultima parte *tunc enim etc.*,

è straniera all'epoca dei giureconsulti classici ed è stata certamente inserita più tardi nel testo; che inoltre la distinzione, a cui si pretende faccia allusione Paolo, fra il caso in cui la causa è espressa e quello in cui il documento *indiscrete loquitur*, è presentata dall'Imperatore Giustino come una innovazione, ed è soltanto per dare ad essa un conforto di riscontro classico che i compilatori con un linguaggio del loro tempo hanno creato il § 4 controverso; sicchè il preteso frammento di Paolo non deve in fondo ritenersi che come una seconda edizione della Costituzione di Giustino. Ma dato anche che il frammento di Paolo non sia interpolato, nè tampoco apocrifo, ma veridico, sta che non può punto opporsi nè avere influenza nella questione in esame, come già notammo altra volta (nota 2, pag. 41-44). Ed invero codesto frammento si riferisce indubbiamente a documenti di stipulazione, come la maggior parte dei giuristi conviene nel ritenere, e non già a documenti scritti di debito; risguarda, cioè, la scrittura nella sua funzione di prova, non in quella di efficiente obbligazione. A questa soluzione siamo autorizzati dalla considerazione che dal punto di vista ed ai tempi di Paolo, vissuto come è noto sotto gl'imperatori Caracalla ed Alessandro Severo (212-235) del quale ultimo fu Prefetto del Pretorio (1), lo strumento di debito valeva non ancora, come atto autonomo di volontà, ma come rappresentante di una obbligazione e

---

sia impossibile disconoscere la penna di Triboniano (*ivi*, p. 157). Su questo frammento controverso cons. anche GLÜCK, *Pand.*, XXI, p. 276 e segg.; VANGEROW, *Pand.*, III, § 625; WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 284 a, nota 9 e § 318 testo e nota 4 e *Lehre v. d. Voraussetzung*, p. 196-202 e nella *krit. Vierteljahrungschrift.*, I, p. 109, 126, 437; BAEHR, *op. cit.*, §§ 22-23, 38, 63-66; CROPP, negli *Heise u. Cropp. jur. Abh.*, I, p. 349 e segg.; SINTENIS, *Pand.*, § 96 nota 48 e nei *Sell's Iahrb.*, I, p. 292 e segg.; DERNBURG nella *Heidelb. krit. Zeitschr.*, III, p. 508-510; SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 39-63, 100 e segg. 145 e segg; GIRTANNER, *Stipulation*, pag. 298-325; WITTE, *Bereicherungsklagen*, pag. 201-211, 245 e segg.; SALPIUS, *Novat. u. Deleg.*, p. 287-310, 322, 482, 504; BRINZ, *Pand.*, p. 430; BENSEY, nella *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.*, XIV, p. 212; ARNDTS, nella *krit. Ueberschau*, IV, p. 247; BRUNS nella *Zeitschr. f. Rechtgesch.*, I, p. 129; HEIMBACH, *Cred.*, p. 388 e segg.; FICK. *Rec. cit.*, p. 486 e nella *Zeitschr. f. Handelsr.*, III, p. 251 e segg.; BETHMANN-HOLLWEG, *Versuche*, p. 290 nota 90; HUSCHKE, *op. cit.*, § IX, p. 108 e segg.

(1) V. PUCHTA, *Inst.*, I, § 100.

come mezzo di dimostrarla nel senso stretto della parola. Per questa funzione di prova era logico che il documento facesse una speciale e persuasiva testimonianza del negozio giuridico da dimostrarsi al fine di farne conchiudere l'esistenza; allora soltanto il documento doveva avere l'efficacia di vincolare il *promissor* in modo che non potesse liberarsi, se non dimostrando pienamente che egli erasi obbligato *indebite* alla stipulazione nel documento attestata: che se mancava l'espressione della causa era razionale che il documento probatorio, in quanto male adempieva al subordinato ufficio attribuitogli, nulla valesse in mano del creditore, ma dovesse questi per altre vie dimostrare la esistenza e la fondatezza del suo credito. Questo ragionamento, che poteva valere rispetto al documento di stipulazione, non era affatto estensibile, come vorrebbe *Gneist*, alla funzione assunta molto più tardi e cioè verso il 294 ai tempi di Diocleziano, siccome dimostrammo innanzi (n.° 11), dallo strumento scritto di documento di debito di per sè obbligante (1).

32. 3.°) Le eccezioni, adducono gli avversarii, erano di loro natura perpetue; e quindi, in quanto eccezione, doveva essere perpetua anche l'*exc. n. n. p.* Rispondiamo che la perpetuità non era affatto un carattere di quelle eccezioni, che potevano essere proposte dal debitore anche *ultro per modum actionis*, per dirla con frase di *Vinnio*. Tale era il caso del debitore nell' ipotesi concreta, come meglio vedremo più tardi (n. 61), allorchè, trattando della procedura del nostro istituto proveremo che la nostra *exceptio* nel suo contenuto e fondamento discendeva dal diritto civile, benchè di origine pretoria dal lato processuale, dacchè aveva per corrispondente un'azione civile, quale era la *condictio causa data causa non secuta*, per la ripetizione del documento scritto, da non essere altro, secondo alcuni, che la *querela n. n. p.* D'altra parte se al debitore, appunto per dargli agio di rendersi perpetua la *exc. n. n. p.*, era accordato il mezzo di farsi attore, agendo *per modum actionis* mediante la detta *querela n. n. p.*, oltre che colla *contestatio*, ciò significava che per divenire perpetua occorreva alla *exc. n. n. p.*

(1) BAEHR, *op. cit.*, §§ 38 e 63 in princ. Cons. anche HUSCHKE, *op. cit.*, § IX, p. 108 e segg.

l'esercizio di tali azioni (1), rendendosi così implicitamente evidente che l'*exceptio* non era di sua natura perpetua, sibbene temporanea.

33. 4.°) Con l'*exc. n. n. p.* concorreva l'*exceptio doli* (2) ed il debitore aveva, durante il tempo utile della *exc. n. n. p.*, la pressochè libera scelta di esercitare o l'una o l'altra; tal vantaggio di scelta doveva spettargli anche oltre il detto tempo utile, giacchè non v'era motivo di privarnelo, persistendo a concorrere le ragioni di equità, che avevano consigliata la concessione del beneficio. Ora, così gli avversarii, l'*exc. doli* era perpetua (3), dunque la perpetuità della *exc. doli* doveva riflettersi sulla sua compagna, e rendere perpetua anche questa, limitandosi l'effetto del decorso del tempo utile al solo passaggio dell'onere probatorio dal creditore nel debitore. Rispondiamo avanti tutto che se per altri casi la *exc. doli* era perpetua, nella specie non lo era affatto; ma finiva essa pure col decorso del tempo utile della *exc. n. n. p.* Ciò per un semplice argomento; la *exc. doli* non competeva infatti, se non contro colui, che nel farsi attore e chiedere quanto sapeva non essergli dovuto, per ciò solo commetteva dolo (4): ora, dopo il tempo utile della *exc. n. n. p.* il creditore chiedendo *ex chirographo* la *pecunia* al debitore, non agiva dolosamente, dacchè col chiedere quanto gli era dovuto *ex literarum obligatione* (5) non faceva altro che usare di un suo ineccezionabile diritto, e « *nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur.* » Sta inoltre che duplice era la *exc. doli mali* l'una *generalis*, l'altra *specialis*. Questa distinzione (6) fatta dagli interpreti è stata seguita da tutta la scuola

---

(1) Arg. c. 14, § 4, Cod. *h. t.*: « *Ait Justinianus per hanc denuntiationem vel querelam debitorem perpetuam sibi efficere hanc exceptionem...* »

(2) Arg. c. 3, Cod. *h. t.*

(3) Arg. L. 5, § ult. D. *De doli mali et met. except.* (44, 4).

(4) Arg. L. 2, § 5, D. *De doli mali except.* e L. 36, D. *De verb. oblig.* (45, 1).

(5) Arg. *Inst. De literar. oblig.* (3, 22).

(6) Questa distinzione si chiariva nella differenza, che occorreva nella formola poichè concepita così: « *Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit* » si riferiva soltanto all'*exc. doli specialis;* mentre concepita così: « *Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat* » accennava all'*exc. doli generalis.* Vedi Gaio, *Comm.*, IV, 119.

tanto antica (1), quanto moderna (2). La *exc. doli specialis* si aveva quando il dolo era intervenuto *usque ab initio negotii* e si riferiva alle cattive arti, alle macchinazioni, ai raggiri, alle frodi, con cui si era indotto il debitore all'atto giuridico, dal quale prendeva origine e fondamento il diritto dell'attore e la relativa domanda avanzata in giudizio contro il debitore stesso; la *exc. doli specialis* si appuntava insomma contro quel dolo iniziale, che faceva ritenere dal Pretore viziato l'atto giuridico, e l'obbligazione che ne derivava (3). La *exc. doli generalis* invece si riferiva non già ad un dolo iniziale insito nel titolo di obbligazione, ma sibbene a quella slealtà, che poteva imputarsi al creditore, il quale chiedeva una condanna, che, quantunque conforme al diritto stretto, sarebbe stata contraria all'equità; onde il fatto stesso della slealtà della domanda costituiva l'attore in dolo. Ricorrendo questa *exceptio doli generalis* ogni qualvolta si domandava dall'attore cosa, che egli sapeva non equa nè dovuta, essa si accompagnava a tutte le particolari eccezioni, che erano proprie delle singole specie: « *Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit; nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose...* » (L. 2, § 5, D. *De doli m. exc.* 44, 4). Ne consegue che mentre la *exceptio doli specialis* si rapportava ad un dolo iniziale e quindi antecedente al giudizio, sì da essere appellata *exceptio doli praeteriti*, la *exceptio doli generalis*

---

(1) V. DONELLO, ad c. 8, Cod. *h. t.* VIII, col. 257 e *Comm. de jure civ.*, lib. XXII, cap. VI, n. II-IV; VOET, *Comm. ad Pand.*, lib. XLIV, tit. IV, nn. 1-2; VINNIO, *Partit. juris.*, lib. III, cap. 4 e *Selectae quaestiones loc. cit.*, p. 283-284; VULTEIO, *De Iudiciis*, lib. II, cap. VII, n. 626 e segg.

(2) HOLTZENDORFF, *Rechtslexicon* alla voce « *Dolus in Civilrecht* », n. 494 in f.; PUCHTA, *Pand.*, e *Vorles.*, § 94; MÜHLENBRUCH, *Doctr. Pand.*, § 164, n. 11; ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, I, § 102 testo e nota 2; VANGEROW, *Pand.*, I, § 155, nota 2; UNGER, *System.*, II, § 125, nota 24; KELLER, *Pand.*, I, § 92; BRINZ, *Pand.*, I, § 105; WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 47 nota 7; HAENEL nell'*Arch. f. d. civ. Prax.*, XII, p. 411 e segg.; DE CRESCENZIO, *Sistema*, I, § 90 annotazione; GOUDSMIT, *Pand.*, § 95; MILONE, *op. cit.*, p. 63-65.

(3) V. GAIO, *Comm.*, IV, § 117; pr. e § 1. *Inst. De except.* (4, 13); L. 36, *De verb. oblig.* (45, 1). Vedi MILONE, *op. cit.* p. 60-61.

risguardava invece un dolo, che ricorreva e si compieva con l'intentarsi e col sostenersi del giudizio, donde il suo nome di *exceptio doli praesentis* (1). Poste le cose in questi termini è facile scorgere come l'*exceptio doli*, che si accompagnava con la nostra *exc. n. n. p.*, era la *generalis*, e non la *specialis;* dacchè il dolo non interveniva già nella specie all'*initium negotii*, cioè al sottoscriversi del documento scritto che conteneva l'obbligazione letterale; costì niuna traccia di frodi nè di raggiri. Il dolo sopravveniva invece allorchè il creditore conscio di non avere numerata la pecunia, che stava *conscripta* nella *cautio* o chirografo, ne richiedeva tuttavia slealmente la restituzione dal debitore confesso, tal quale come se la numerazione fosse occorsa; in questo punto, nell'istante cioè, in cui il creditore si faceva attore contro il debitore confesso, scaturiva il dolo, che infirmava e viziava la sua ingiusta domanda. E che così fosse, oltrechè dalla evidenza del ragionamento, consta dai testi (2) ed è concordemente ammesso dagli Autori (3). Ciò premesso sta che soltanto l'*exceptio doli specialis* era perentoria e perpetua, e non già rispetto al solo effetto, nel senso, cioè, che una volta opposta e contestata ostasse sempre a chi agiva (4), nel qual senso ogni *exceptio* era perpetua, ma ben anche rispetto al tempo, entro il quale poteva essere opposta (5). L'*exc. doli generalis*

---

(1) V. MILONE, p. 64. — Cade opportuno far notare che la *exceptio doli specialis* nella storia del Diritto Romano precedette la *generalis*, in quanto dapprima s'aveva solo *exceptio doli* quando l'attore era colpevole di frode iniziale, e questa era, come abbiamo veduto, l'*exceptio doli specialis*. Ma per una necessità della pratica questa fu dal Pretore estesa oltre il suo campo originario, ritenendo per agire doloso quello che si faceva da chiunque avesse voluto approfittare delle regole dello stretto diritto civile per offendere la equità e la naturale giustizia; e così sorse l'*exceptio doli generalis*. Arg. L. 44, § 33, *De doli mali except.* (44, 4). Cons. DE CRESCENZIO, *op. cit.* Vol. I, p. 241 annotaz.; MILONE, *op. cit.*, p. 59-63.

(2) V. l'importante § 116 lib. IV, dei *Comm.* di GAIO, L. 29 pr. *D. Mandati* (17, 1); L. 2, § 3 e L. 4, § 16, D. *De doli mali et metus excep.* (44, 4); c. 3, Cod. *h. t.*

(3) Cons. fra gli altri VOET, *loc. cit.* n. 2; DONELLO, *loc. cit.*, col. 257; GNEIST, *De recent. liter. obligat.*, p. 5, nota 3; MILONE, *op. cit.*, p. 82 e 156.

(4) § 9, *Inst. De except.* (4, 13).

(5) L. 5, § ult. *De doli mali except.* (44, 4).

invece non aveva un termine proprio a sè, ma seguiva sempre la natura e la condizione di quelle eccezioni, colle quali concorreva; ed era, per dir così, una loro appendice (1). Per es. Tizio dovendo dieci aveva pattuito col creditore Caio che questi non gli avrebbe richiesta la pecunia; qui, come l'*exceptio pacti*, che valeva pel debitore in forza della condizione, non era suscettibile di decadenza, così non lo era neppure l'*exc. doli generalis* con essa concorrente. Che se il debitore aveva pattuito che nulla gli sarebbe stato richiesto entro un solo biennio, al creditore richiedente ostava tanto l'*exc. pacti*, quanto l'*exc. doli* durante il biennio; ma, questo trascorso, nè l'una nè l'altra di quelle due eccezioni poteva essere opposta dal debitore al creditore, e cioè l'*exc. doli generalis* seguendo l'indole precaria e temporanea per convenzione della *exceptio*, con la quale si accompagnava, era precaria e temporanea essa pure e non perpetua (2). A parità di ragione sta che il debitore confesso del caso nostro, se convenuto dal creditore entro il tempo utile dell'*exc. n. n. p.*, poteva valersi contro di lui tanto di questa *exceptio*, quanto della *exc. doli generalis;* ma, spirato quel tempo, come cessava l'*exc. n. n. p.*, così cessava pure l'*exc. doli generalis*, che ne era compagna (3).

L'obiezione quindi desunta dalla perpetuità della *exc. doli* cade completamente.

34. 5.°) Durante il tempo utile non soltanto il creditore aveva contro di sè l'*exc. n. n. p.*, ma eziandio la *condictio* per la ripetizione del documento e per la liberazione del debitore dall'obbligazione. « *Si quasi* « *accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis quae numerata* « *non est per condictionem obligationem repetere...* » (c. 7 Cod. *h. t.*). Ora siffatta *condictio* è un'*actio in personam* e tutte le *actiones in personam* erano perpetue (4). Se dunque al debitore era accordata in perpetuo, e quindi anche oltre il tempo utile quella *condictio* per riavere il documento e liberarsi dall'obbligazione, *a fortiori* pel prin-

---

(1) L. 2, § 5, *D. De doli m. exc.* (44, 4).

(2) L. 2, § 4, *D. eod. tit.*

(3) VINNIO, *Sel. quaest.*, *loc. cit.*

(4) Arg. c. 2, Cod. *De const. pec.* (4, 18).

cipio: « *cui damus actiones eidem et exceptionem competere multo* « *magis quis dixerit* » (1), dovea essergli accordata la *exc. n. n. p.*, ogni qualvolta si fosse assunto l'onere della prova. Rispondiamo che la premessa di questo argomento è falsa, e quindi falsa ne discende la conclusione. Non è punto vero infatti che la *condictio* per la ripetizione del documento fosse perpetua, essa era invece temporanea, e finiva col termine utile della *exc. n. n. p.* Ciò, oltre che dal testo del tit. *de non num. pec.* del Codice, emana dalla natura stessa della *condictio*, la quale non si concedeva, se non quando mancava il sostrato della *justa causa debendi* prima prevista e poi non avveratasi (2). Ora, trascorso il tempo utile, e per noi anche avanti siffatto trascorso, la *justa causa debendi* sussisteva indubbiamente, giacchè il debitore — e qui si rientra nella teoria della obbligazione letterale recenziore anteriormente svolta — era obbligato *literis* verso il creditore, che poteva chiedergli quandochesia la dovutagli *pecunia*. Dunque trascorso il tempo utile, la *condictio* in discorso non poteva competere al debitore, e data la corrispondenza colla *exc. n. n. p.* posta innanzi dagli stessi avversarii, non doveva potere essere più opposta (3).

35. 6°.) L'elasso del tempo utile della *exc. n. n. p.* non poteva togliere al debitore se non ciò ch'egli aveva durante il tempo utile stesso: ora questo altro non attribuiva al debitore all'infuori della immunità della prova, dunque l'elasso del tempo utile non poteva togliere al debitore che questo beneficio; lasciandogli l'uso dell'*exceptio*, che prima aveva, col solo passaggio nel debitore dell'obbligo probatorio, che avanti il detto elasso incombeva al creditore.

Alla dottrina contraria, la quale parte dall'idea che già durante il tempo utile dell'eccezione si fosse in campo singolare ed anormale, doveva necessariamente riuscire difficile il pensare d'imbattersi in una singolarità dopo trapassato quel campo. Questa difficoltà sparisce completamente, ove si neghi la teoria fondamentale che fa consistere l'*exc. n. n. p.* in un singolare beneficio di prova, conforme l'abbiamo

(1) L. 156, § 1, D. *De reg. jur.* (50, 17).

(2) Arg. LL. 1 e 2 D. *De cond. sine causa* (12, 7).

(3) Sulle ultronee e lievi obiezioni mosse da ACCURSIO a sostegno di questo argomento V. la confutazione fattane da DONELLO ad c. 8, Cod. *h. t.*, VIII, col. 257-258.

negata noi sulle traccie e sugli argomenti svolti dal *Baehr* (1). In altri termini l'assunto degli avversarii appare visibilmente falso, ove si rifletta che il tempo utile della *exc. n. n. p.* attribuiva al debitore l'*exceptio* stessa, la quale era un istituto complesso e giuridico di per sè stante da non confondersi affatto colla immunità di prova, che dell'istituto altro non era che una semplice e non affatto singolare modalità.

Posta la questione in siffatte giuste premesse può accettarsi la conclusione degli avversarii ritorcendola contro di essi; che cioè l'elasso del tempo utile dell'*exceptio* togliendo al debitore quello che entro siffatto tempo aveva, toglieva a lui precisamente la *exceptio*, rendendolo ineccezionabilmente obbligato verso il creditore. Ciò del resto emerge a chiare note dai cc. 8, 9, 10 e 14 princ. e § 2, Cod. *h. t.* (2).

36. Gli avversarii adducono in sostegno della loro opinione, come in prò delle altre connesse sulla negazione dell'obbligazione letterale recenziore e sul beneficio di prova costituente la *exc. n. n. p.*, varii passi, oltre a quelli addotti a conforto degli argomenti testè oppugnati. Per la enumerazione e confutazione di questi passi, a scanso di ripetizioni inutili, ci rimettiamo a quanto noi scrivemmo innanzi (nota 2 a pag. 41-44) ed a quanto n'ha scritto il *Baehr* al n. XIV della sua Appendice più innanzi tradotta.

37. Combattuti gli argomenti contrarii, veniamo ad esaminare quelli che stanno a conforto della nostra tesi, oltre ai già ampiamente svolti per l'esistenza dell'obbligazione letterale del nuovo diritto, i quali nella maggior parte possono ripetersi per la presente connessa questione.

Sta avanti tutto che le ragioni poco fa esposte per la determinazione d'un tempo utile di opponibilità volgono direttamente alla teoria nostra; dacchè, se anche al di là di siffatto tempo il debitore avesse potuto aver ragione contro il creditore ed invalidarne il documento di debito da lui rilasciato, si sarebbe tornati al *quia;* e l'apposizione di un termine, il cui scopo doveva essere quello, chè altro non se ne saprebbe immaginare, di rendere, dopo il suo decorso, ineccezionabile il documento stesso, sarebbe stata cosa irrita e superflua: lo che porterebbe a conchiudere che i legislatori avrebbero fatto non solo una inu-

(1) V. innanzi n. 21 e Baehr, *Append.*, specialmente ai nn. IV-VII, XIII-XVIII.

(2) Cfr. Vinnio, *Sel. quaest. loc. cit.*, p. 284; Donello, *loc. cit.*, col. 258-259.

tilità, ma posto per giunta un inciampo imbarazzante; ciò che è assurdo ammettere.

Sta in secondo luogo che la *exc. n. n. p.* era eccezione altamente dilatoria, ed anzi essa viene dai trattatisti di procedura romana additata appunto qual tipo di eccezione di tale specie. Ciò dimostreremo a suo tempo dicendo della procedura del nostro istituto. Ora dato come incontestabile nella *exc. n. n. p.* il carattere di dilatorietà — e non v'ha scrittore che osi di porre codesta *exceptio* nel novero delle perentorie — ne consegue quel che di siffatto carattere era requisito ed effetto precipuo, che cioè la *exc. n. n. p.* era opponibile soltanto durante un certo periodo di tempo; oltre il quale l'azione, cui stava contro l'*exceptio* stessa, diveniva inattaccabile e poteva essere liberamente esercitata (1).

La teoria avversaria invece col sostenere che, salvo il passaggio dell'onere probatorio dal creditore nel debitore, persisteva l'opponibilità della *exc. n. n. p.*, perpetuava questa *exceptio*, travisandone così il carattere tipico della dilatorietà!

Inoltre da tutti, compresi gli avversarii, è ammesso che il *chirographum* o *cautio mutui* (contro cui soltanto, come dimostreremo a suo tempo, si appuntava, secondo noi, la *exc, n. n. p.*), aveva un effetto maggiore e più accentuato, che non gli altri documenti scritti contenenti l'attestazione di altri contratti; giacchè per i documenti scritti di mutuo soltanto, secondo gli stessi avversarii, si verificava dopo il decorso del tempo utile della *exc. n. n. p.* quella forza di prova più o meno piena a seconda delle diverse teorie in proposito emesse, e che per noi era obbligazione letterale vera e propria prima e dopo il decorso stesso. Ora forsechè sarebbe sostenibile che tutta l'efficacia, che rendeva prevalente il documento scritto di mutuo sugli altri, si avesse a ridurre a quella celebre immunità di prova, nella quale tutto erroneamente gli avversarii compendiano il contenuto della *exc. n. n. p.*, immunità che, oltre ad essere per giunta temporanea, avrebbe potuto talvolta convertirsi in uno svantaggio, dacchè, come osserva *Vinnio*,

(1) Cfr. fra gli altri: VOET, *ad Pand.*, lib. 44, tit. 1, nn. 5-8; KELLER, *op. cit.*, § 36, p. 120-121; DOMMENGET, *op. cit.*, p. 585 e segg.; BONJEAN, *op. cit.*, II, § 314; ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, § 102; GUGINO, *Tratt. Stor. della Proc. civ. rom.*, p. 176; CARLE, *op. cit.*, p. 43.

se l'onere della prova aveva per i creditori i suoi *incommoda*, aveva pure talora il *commodum* di rendere facile la dimostrazione d'un fatto, la quale in mano dell' avversario avrebbe potuto portare a resultati opposti e sfavorevoli? Basta l'accenno di una tale idea per far rilevare quanto assurda sarebbe una risposta affermativa a siffatta domanda. Infine è possibile mai che tanti imperatori si dessero ad emettere costituzioni apposite per l'unico e meschino effetto di far passare il carico della prova dal creditore nel debitore? sarebbe ridicolo il crederlo!

38. Ma se anche codesti argomenti negativi sembrassero insufficienti, ve n'hanno di positivi di indiscutibile valore. In altri termini non c'è bisogno di andare indagando le intenzioni recondite dei legislatori, dal momento che abbiamo chiara e netta l'espressione della loro volontà nei testi; ed in questi si contiene il più valido appoggio alla nostra dottrina.

Per limitarsi ai testi principali abbiamo che nel c. 10, Cod. *h. t.* ordinano gl'imperatori Diocleziano e Massimiano che la *querela* o la *exceptio n. n. p. « certa die non delata... evanescat »;* ora potrebbe seriamente sostenersi che la parola *« evanescat »* s'avesse a riferire alla sola immunità della prova?

E nel c. 8 Cod. *h. t.* è scritto che se colui *« qui cautionem exposuit »* non si era querelato entro il biennio *« omnimodo... debitum solvere compellitur »*, e se egli era morto era a ciò costretto il suo erede, perfino *« si pupillus sit »;* se dunque il debitore era *omnimodo* costretto a pagare il suo debito, è segno che non v'era per lui verun *modus*, o mezzo di scampo per sottrarsi all'adempienza dei suoi impegni. Che se il debitore fosse stato ascoltato oltre il tempo utile nelle sue eccezioni, avrebbe trovato un modo di evitare il pagamento, lo che è recisamente contrario al testo. Inoltre non si sarebbe potuto dal legislatore *compelli debitum solvere* chi avesse avuta la facoltà di ancora opporre una giusta obiezione avverso il creditore; nè poteva appellarsi veramente *debitum* quel che non si fosse potuto chiedere a causa di una eccezione perpetuamente, benchè sotto la forma o meno della *exc. n. n. p.*, ostante (1). Ora il dire che il debitore era

(1) Arg. LL. 66 e 112, D. *De reg. juris* (50, 17).

tenuto al *debitum* importa di conseguenza che la *justa exceptio,* cioè il mezzo di difesa, non era più in sua mano.

Lo stesso prova con non minore evidenza il c. 14 pr. Cod. *eod.*, dove dopo lungo ragionamento si statuisce che l'*exceptio* e la *querela non num. pec.* potevano opporsi « *intra solum biennium continuum, ut eo elapso* NULLO MODO QUERELA NON NUM. PEC. INTRODUCI POSSIT » ; ora nel generico e perentorio *nullo modo* v'è senza fallo compreso anche il caso, in cui il debitore si fosse offerto di provare la non avvenuta numerazione. Il testo stesso al § 2 in fine vieta al debitore « *post excessum... non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere* ». Ora se al debitore era fatto perfino divieto di dire che la *pecunia* non gli era stata *soluta, a fortiori* doveva essergli vietato di ciò provare, giacchè era razionale che prima di addivenire alla prova d'una cosa la si dicesse o si affermasse (1). Inoltre al § 3 il testo in esame dice che talmente al debitore « *non permittitur exceptionem non num. pec. opponere... post taxatum tempus...* » da vietargli perfino la delazione del giuramento al creditore «... *nec jusjurandum offerre liceat* »: e ciò allo scopo di evitare che un tal giuramento potesse produrre l'effetto, che produceva in genere, di far prova contro chi vi si ricusava senza addurre una giusta causa di ricusa. Ne risulta chiaramente che niuna prova doveva essere accordata al debitore *post taxatum tempus,* dacchè il giuramento era una prova delle più elementari. Nè vale il cavillare, come fa *Accursio*, asserendo che il giuramento costituiva prova per chi giurava, non per chi lo deferiva. Avanti tutto ciò è falso perchè il giuramento deferito era prova e per chi giurava e per chi lo deferiva; per chi giurava, perchè si stava al di lui giuramento tal quale come se la cosa con quello affermata risultasse da prova ineccezionabile (2); per chi lo deferiva, perchè se, riferito il giuramento al debitore, esso si fosse rifiutato di giurare si sarebbe avuto *pro convicto*, come se fosse stato provato ch'egli era un calunniatore (3).

---

(1) Arg. L. 2, D. *De probat.* (22, 3).

(2) L. 5, § 2, D. *De Jurejur.* (12, 3). Cfr. innanzi pag. 75 testo e nota 3 cogli autori ivi citati.

(3) L. 38, *D. ibid.*

Ma, dato anche e non concesso che il giuramento non fosse una prova, è pur certo che se al debitore non si concedeva il meno ed il facile, qual era il giuramento, non doveva a *fortiori* concederglisi quel che, come la prova, era il più ed il difficile. E che il giuramento fosse il meno ed il facile a petto della prova è chiaro dal momento che, mentre col giuramento il creditore, cui fosse stato deferito, si sarebbe trovato ad essere teste e giudice nella sua causa, sì da potere con una sola parola transigere il suo affare; ben più grave e più difficile era la sua posizione rispetto alle altre prove, che erano lunghe e potevano essergli opposte anche contro sua volontà. Ora se al debitore non si accordava contro il creditore il meno, cioè il giuramento, tanto meno doveva accordarglisi il più, cioè le altre prove (1).

Il § ultimo del c. 14 Cod. *h. t.*, come già accennammo, indica quali esclusivi mezzi di perpetuare l'*exc. n. n. p.*, il deferire la *querela* o la *denuntiatio* entro il biennio; coll'accettare la teoria avversaria si verrebbe ad ammettere un terzo mezzo dai testi non previsto anzi oppugnato.

Dal c. ult. Cod. *De condict. ex lege* (4, 9) si rileva che la *cautio* attestante una *pecunia* non numerata non poteva in verun modo ripetersi a mezzo di una *condictio,* oltre il *tempus statutum,* e quindi neppure *oblata probatione pecuniae non numeratae;* or se al di là del tempo stabilito non si ammetteva la ripetizione della *cautio* sarebbe forse stato logico ammettere, a parità di ragione, l'*exc. n. n. p.?*

Trascorso il tempo utile il debitore, che per noi già fino dall'emissione del documento scritto era obbligato, lo diveniva ineccezionabilmente; potrà dagli avversarii porsi in discussione se fosse obbligato *literis*, oppure in altra guisa, ma è certo e risulta indispensabilmente dal contesto dei testi formanti il tit. *De non num. pec.* nel Cod. e del tit. *De liter. obligat.* nelle Instit. che un vincolo, da cui non poteva in veruna guisa sottrarsi, dal decorso di quel tempo utile veniva al debitore inflitto. Questo vincolo portava di conseguenza che il debitore fosse astretto *necessitate solvendae rei;* nè tale sarebbesi potuto dire chi fosse stato in grado di sottrarsi in qualche guisa al pagare; sicchè

(1) Donello, *loc. cit.*, col 253-254.

deve indursene che *nullo modo* poteva il debitore evitare il pagamento, e neppure offrendo la prova della non avvenuta numerazione.

Inoltre il debitore, ch'era in qualche guisa obbligato, non altrimenti era liberato dal fatto suo, che pagando o soddisfacendo il creditore in uno di quei modi ch'erano enunciati nel titolo delle Instit. *quibus modis tollitur obligatio* (3, 30). Ora l'affermare che la pecunia non era stata numerata od anche il provarlo non era certo compreso fra i modi di pagare, nè tampoco di soddisfare ai propri impegni, chè anzi costituiva una negazione di tale pagamento o di tal soddisfacimento.

Infine se il debitore affermando che la pecunia non gli era stata numerata non poteva ciò provare per natura delle cose, la questione era finita, ed il debitore era costretto a pagare immediatamente: su questa conseguenza non cade dubbio e gli stessi avversarii concordano in modo espresso. Or bene il debitore era appunto in tal caso, esso per la natura delle cose non poteva provare la non avvenuta numerazione. E lo dimostriamo. Il c. 23 Cod. *De probation.* (4, 19) statuisce generalmente «... *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.* » Ora la prova della non avvenuta numerazione, che gli avversarii vorrebbero accordata al debitore, era precisamente la prova di un fatto negativo, e quindi nulla per *rerum naturam*. E ciò è ribadito nella specie dal c. 10 Cod. *h. t.* là dove dice: « *cum inter eum qui factum adseverans onus subiit probationis et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est)... magna sit differentia* » (1).

39. Da tutto questo complesso di argomenti e di testi ci sembra che sia impossibile dubitare ancora della verità della nostra tesi, e dell'assoluta infondatezza dell'avversaria.

Conchiudiamo quindi che la *exc. n. n. p.* non poteva dopo l'elasso del tempo utile essere concessa al debitore, neppure se questi era pronto ad assumere su di sè l'onere di provare, che la *pecunia* non gli era stata numerata. Questo s'intende allorchè egli aveva riconosciuta per sua la scrittura della *cautio* o del chirografo. Che se negava quella

---

(1) V. DONELLO, *loc. cit.*, col. 254-256.

essere la sua scrittura (1), od affermava essere stato indotto in inganno o costretto dalla forza o dalla paura a confessarsi in quella debitore (2), ovvero asseriva che la *causa negotii* menzionata nel chirografo era falsa e ch'era intervenuta simulazione (3), niun dubbio che a lui spettassero anche oltre il biennio le eccezioni perpetue (4) derivanti *ex his causis*, e principale, fra tutte, quella *exceptio doli specialis* riflettente il dolo iniziale, cui accennammo poco fa (5).

E su questo tutti gli scrittori sono d'accordo.

---

(1) C. 14, Cod. *De contrah. et committ. stipul.* (8, 38); c. 18, Cod. *De probation.* (4, 19).

(2) § 1, Inst. *De except.* (4, 13).

(3) C. 6, Cod. *si certum petatur* (4, 2). In questo caso valeva la massima « *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur* » C. 1 e tit. Cod. *plus valere quod agitur etc.* (4, 22).

(4) L. 5 § ult. D. *De doli mali except.* (44, 4).

(5) Nè può a questi mezzi di difesa opporsi la frase «... *omnimodo hæres ejus... debitum solvere compellitur...* » del c. 8, Cod. *h. t.*, che noi abbiamo portata a precipuo argomento della nostra tesi, perocchè quell'*omnimodo* va riferito esclusivamente al titolo, in cui la legge si contiene, e cioè alla *exc. n. n. p.* La specie di quel testo è che il debitore, o per lui il suo erede, convenuto *ex sua cautione* riconosca il documento scritto per suo, e scevro di qualsiasi vizio e niente altro dica, se non che non gli è stata numerata la pecunia. È in questo senso che per l'elasso del tempo utile della *exc. n. n. p.* il debitore, o l'erede di lui, perduto l'unico mezzo di difesa ch'egli aveva, « *omnimodo solvere cogitur.* » V. DONELLO, *loc. cit.*, col. 252.

---

§ 5.

CONDIZIONI E NORME PER L'APPLICAZIONE DELLA EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE

SOMMARIO — 40. Triplice condizione per l'opponibilità della *exc. n. n. p.* — 41. Dei rapporti della *exc. n. n. p.* colla *causa negotii* nei suoi riflessi di tempo e di esistenza — 42. Caso della *causa* riferentesi a prestazione contemporanea o futura — 43. Casi della *causa antecedens* — 44. Caso della *causa* falsa ovvero mancante o confusamente espressa. Validità del documento di debito privo di *causa espressa*. Inapplicabilità al caso della *exc. n. n. p.* — 45. Regole della *exc. n. n. p.:* si applicava al chirografo sia sottoscritto *simpliciter* sia con *garantie* — 46. Si accordava anche *pro parte* — 47. Competeva agli eredi del debitore entro il tempo utile residuo. Questioni — 48. Competeva ai fideiussori. Questione — 49. Competeva ai creditori detentori delle cose del debitore — 50. Non competeva al debitore subentrato — 51. Era interdetta intervenendo riconoscimento della fede della *cautio* — 52. Era interdetta al debitore frodolentemente negativo e nel caso di *pecunia* obbligata *transactionis causa* — 53. Della rinuncia posteriore e della contemporanea alla sottoscrizione del documento — 54. Della rinuncia accompagnata da giuramento — 55. L'*exc. n. n. p.* interdetta contro gli argentarii — 56. Se si applicasse ad altri contratti oltrechè al mutuo. Questione — 57. Se si applicasse al solo mutuo di denaro od anche di *aliae res* fungibili — 58. Della *exceptio* e della *querela dotis cautae sed non numeratae* — 59. L'analogia delle due *exceptiones* non sposta la teoria negativa circa la inaccessibilità della *exc. n. n. p.* ad ogni contratto che non fosse di mutuo — 60. Della *exc. n. n. p.* applicata alle quietanze.

40. Occorre intrattenersi ora sulle condizioni, il cui concorso era necessario per l'applicabilità dell'*exc. n. n. p.*, per dire poi delle principali norme, che occorrevano nell'applicazione dell'*exceptio* stessa.

Tre erano le condizioni essenziali affinchè, a parer nostro, l'*exc. n. n. p.* potesse essere dal debitore invocata. In primo luogo occorreva che la *cautio* od il *chirographum* fossero stati effettivamente scritti, che sussistesse cioè quel documento, che era la prova parlata di tale

iscrizione. I trattatisti, i meno recenti in ispecie (1), commentando il c. 3 Cod. *h. t.* discutono quale doveva essere la forma e quali i termini del documento scritto perchè potesse farsi luogo all'*exc. n. n. p.* (2). Basti qui notare che essi si accordano nel ritenere che, agli effetti della nostra *exceptio*, dovesse il documento scritto, che per lo più dicevasi *cautio*, intendersi in un senso generale, e quindi riferirsi tanto all'istrumento pubblico fatto a mezzo di notaio, quanto a *fortiori* alla privata scrittura, dacchè questa aveva minore forza di quella *publice confecta.* Nè vale contro la scrittura privata obiettare che dal momento che per il c. 5 Cod. *de probat.* (4, 19) essa non faceva fede neppure di prova, al debitore non abbisognava alcun mezzo di difesa contro uno scritto destituito di qualsiasi valore; sicchè era un controsenso ed una inutilità l'ammettere l'*exc. n. n. p.* contro la scrittura privata. A questa obbiezione si risponde che se era verissimo che la scrittura privata non valeva in pro di chi n'era l'autore, nè faceva prova in suo vantaggio — e questo è il senso tanto del testo addotto quanto del c. 7 Cod. *eod. tit.* — valeva però e faceva piena

---

(1) Cons. specialmente DONELLO ad c. 3, Cod. *h. t.* VIII, col. 215-216; EMANUELE DA COSTA ad *h. t.* Cod.

(2) Circa ai termini, in cui fosse redatto il pubblico istrumento, DONELLO fa qualche caso a mo' d'esempio; enunciamone le conclusioni senza addentrarci nei suoi lunghi ragionamenti. DONELLO ritiene dovesse ammettersi l'*exc. n. n. p.* allorchè il *Notarius* avesse scritto: « *L. Titius a Sempronio decem mutuo accepit ut confessus est* »; ovvero: « *L. Titius decem accepit a Sempronio sibi ab eo numerata* »; ovvero « *L. Titius adfirmat se debere Sempronio decem sibi numerata* »: non però quando avesse scritto: « *L. Titius confessus est se debere Sempronio decem sibi ab eo numerata, quae et vere illi numerata sunt, me praesente et praesentibus testibus infrascriptis.* » E di vero in quest'ultimo caso si tratta di istrumento pubblico redatto e confermato da pubblico ufficiale, la cui fede deve presumersi intangibile e sacra e tale da non potersi porre in contraddittorio colla fede del debitore prima confesso e poi divenuto negante. Diverso sarebbe il caso in cui una dichiarazione esplicita, come la testè citata, fosse stata fatta dal debitore per scrittura privata; in tal caso, non ricorrendo le ragioni ora accennate, al debitore era da concedersi la *exc. n. n. p.:* così opina anche DONELLO. È inutile notare che qualunque fosse la dizione della scrittura privata l'*exc. n. n. p.* era sempre ammessa.

fede contro di lui in vantaggio dei terzi, conforme emerge lampantemente dal c. 11 Cod. *qui pot. in. pign. hab.* (8, 18); ond'era più che opportuna l'ammissione dell'*exc. n. n. p.*

Seconda condizione perchè l'*exc. n. n. p.* fosse opponibile si era che ricorresse effettivamente il fatto della non avvenuta numerazione della *pecunia,* donde appunto il nome della *exceptio.* Che se il debitore opponeva impudentemente l'*exceptio* stessa, quando il danaro gli era stato numerato, in pena dell'essersi servito malamente del mezzo offertogli equitativamente dalla legge, e contro la natura e le condizioni del mezzo stesso, subiva, siccome abbiamo già visto, la *condemnatio in duplum.* La questione, che al realizzarsi o meno di questa seconda condizione si riferiva, era di puro fatto devoluta per ciò al criterio del giudice, cui spettava di valutare i risultati della prova obbligatoriamente addotta dal creditore.

Terza condizione infine si era che il documento scritto fosse intervenuto inizialmente per causa di mutuo con sborso della *pecunia* contemporaneo o futuro all'emissione del documento stesso. Che se il debitore avesse confessato di aver ricevuto la *pecunia* in forza ed in occasione di altro contratto, non v'era luogo, secondo noi, all'*exc. n. n. p.,* nemmeno quando la figura del mutuo fosse apparsa di poi a confermare un debito *ex alia praecedente causa;* perocchè era dal mutuo che originavano esclusivamente gl'inconvenienti, che avevano costituita la ragione d'essere della *exc. n. n. p.*, ed era per il mutuo che accadeva frequentissimamente che la scrittura o la *cautio* fosse *captiosa.*

41. Abbiamo detto or ora che la *causa negotii* del documento scritto doveva essere di mutuo con contemporaneo o futuro sborso della *pecunia.* In ordine al momento della causa nelle sue relazioni di tempo colla numerazione della *pecunia* occorre un maggior sviluppo. Noi, come non accettiamo la teoria del *Baehr* rispetto all'estendersi della *exc. n. n. p.* ad altri contratti, oltrechè al mutuo; così neppure possiamo accettare l'altra a quella connessa sul rapporto del documento di debito colla sua causa, da quell'autore svolta nel n. VIII dell'Appendice più innanzi tradotta. Noi induciamo su questo punto tre casi.

42. 1°) Caso della causa riferentesi a prestazione contemporanea o

futura rispetto all'emissione del documento di debito (1). Noi concordiamo nel ritenere che la *exc. n. n. p.* fosse decisamente applicabile a questo primo caso, al documento contenente cioè ad un tempo la dichiarazione della conchiusione del negozio giuridico e quella di un ricevimento contemporaneo o futuro del corrispondente danaro. Ma per noi occorreva che il documento di debito fosse essenzialmente per mutuo. Data siffatta restrizione, questo caso costituiva il caso tipo e per noi unico della *exc. n. n. p.*, riscontrandosi in esso soltanto le ragioni induttrici dell'istituto già da noi enunciate, e consistenti nel tendere a raffrenare i frequenti abusi commessi dai *fœneratores* in danno dei bisognosi debitori.

43. 2°) Caso della *causa antecedens.* Si aveva quando il documento di debito si riferiva a debiti originanti da cause antecedenti, che la scrittura riaffermava a guisa di novazione o di ricognizione. La scrittura in questo caso non faceva che trasformare in un'obbligazione letterale un debito già prima perfetto. Premettiamo che avverso un documento di tal fatta non poteva indirizzarsi in genere la *exc. n. n. p.* solo opponibile contro quei prestiti, che, almeno ipoteticamente secondo la pretesa dell'eccipiente, erano mancanti del complemento di un avvenuto soddisfacimento per parte del creditore. Il documento nel caso concreto era invece oppugnabile secondo i principii della *condictio indebiti*, e non altrimenti. È invero una ben strana utopia quella dei fautori di una opinione contraria, i quali nel perpetuo fine di esautorare con ogni mezzo la scrittura, vogliono spingere l'applicabilità dell'*exc. n. n. p.* anche a questo caso, a cui è decisamente assurdo lo spingerla. Il voler infatti sostenere che il documento contenente un debito già anteriormente perfetto nulla provi dentro due anni — chè tale per gli avversarii è l'effetto prodotto dalla *exc. n. n. p.* là dove è applicabile — è davvero una ridicola pretesa. Come la scrittura oggi redatta,

---

(1) V. su questo caso Bekker, *Aktionen*, I, p. 103, 104, nota 14; Ihering, *Geist.*, III, p. 48 e 126; Lenel, *d. Exceptionen*, p. 115; Schlesinger, *op. cit.*, p. 113, 210; Erxleben, *d. Conditiones sine causa*, II, p. 502; Witte, *Bereicherungsklagen*, p. 190 e segg.; Gneist, *d. form. Vertr.*, p. 116, 117, 128, 168, 175 e segg.; Liebe, *Stipul.*, p. 364-368; Windscheid, §§ 372 e 429 nota 2.

attesta, a mo' d'esempio, di mutuo o di vendita contratti l'anno passato e, convertiti per essa questi negozi anteriori in obbligazione letterale evidentemente in pro del creditore al fine di meglio garantirlo, questa maggiore garentia si tradurrebbe invece nell' opposto effetto negativo di rendere equivoco e men sicuro, per un certo tempo almeno, il negozio stesso?! Sarebbe un'assurdità delle più patenti! (1).

In ordine alla *causa antecedens* induciamo due sotto casi:

a) Poteva il documento scritto essere un documento di mutuo, ma con accenno ad una *causa antecedens debiti*, che non fosse di mutuo. Si era allora, secondo noi, nel caso previsto dal c. 5 Cod. *h. t.* racchiudente una Costituzione di Alessandro Severo: « *Adversus petitiones adversarii si quid juris habes, uti eo potes. Ignorare autem non debes non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an, tunc cum cavebatur, numerata sit; sed an justa causa debiti praecesserit* ». Questo testo, di cui l'ultima parte da alcuni si è voluta tacciare di falsa e d'inesatta, si spiega per noi facilmente, ove alla frase *ex praecedente causa debiti* si sottintenda aggiunto l'inciso *ex causa tamquam mutui*, nel senso che nel chirografo, in cui *quantitas redigitur*, debba dal creditore questa ritenersi come mutuata e dal debitore come tale dovuta. Le parole del testo si adattano egregiamente a tale ipotesi; perocchè dopo aver detto che la *exc. n. n. p.* si accorda *ubi pecunia credita petitur*, quando il rescritto aggiunge: «... *cum autem quantitas in chirographum redigitur etc.* » deve intendersi che quella *quantitas* sia la *quantitas credita*, di cui è prima menzione. Inoltre

---

(1) Sui casi della *causa antecedens* in genere V. in vario senso: DONELLO, ad c. 5, Cod. *h. t.*, VIII, col. 233 240; GNEIST, *d. form. Vertr.*, p. 286 e segg.; GLÜCK, *Pand.*, XII, p. 105 e segg.; BAEHR, *op. cit.*, p. 59, § 62 a, tradotto da noi nelle note *o p* apposte all'*Append.*; WINDSCHEID, *Pand.*, §§ 372 e 426; SCHLESINGER, *op. cit.*, parte II, §§ 2 e 12; EINERT, *op. cit.*, p. 30 e segg.; FICK, *Recens. cit.*, p. 490 e segg.; SPALTENSTEIN, *d. Specifisch jurist. Geschäft*, p. 99; RÖMER, *d. Beweislast bezüglich d. Irrthums*, p. 55; ZIMMERMANN, *Beiträge z. Theorie d. cond. indebiti*, n. 1. Per la prassi tedesca V. SEUFFERT, *Arch.*, X, 254; XIX, 26; XXIV, 119; XXVII, 234.

quando si dice *ex praecedente causa debiti* queste parole devono intendersi come *ex causa debiti quae praecedit*, e quindi di mutuo, riferendosi alla stessa frase anteriore *pecunia credita*. Si ha in complesso questo senso: *Cum autem quantitas*, cioè, la *pecunia credita*, di cui prima dissi, *in chirographum redigitur ex causa debiti quae mutuum praecedit, non requiritur an tunc etc.;* allora, cioè, il debitore redige in chirografo la *pecunia credita* per causa di debito precedente, quando, dovendo già la *pecunia* per altra causa, conviene col creditore di ritenerla siccome mutuata, e tale per questa convenzione la *pecunia* si rende (1). Secondo questa interpretazione la sentenza del rescritto è la seguente: Cajo doveva dieci a Tizio per causa di vendita; conviene col creditore di ritenere codesta pecunia presso di sè, ed emette un chirografo, con cui si confessa debitore scrivendo: i dieci, che io doveva a Tizio per causa di vendita, confesso di ritenermeli per causa di mutuo col di lui accordo; la qual somma renderò quando egli me la richiederà. Cajo debitore viene convenuto con tale chirografo e si difende allegando che la *pecunia* non gli è stata in fatto numerata, come afferma il chirografo, e ciò è vero; e tenta così di rimuovere l'attore mediante la *exc. n. n. p. Quaeritur* se in questa specie a Cajo debitore spetti l'*exc. n. n. p.* Risponde Alessandro Severo: Se hai qualche diritto, all'infuori della *exc. n. n. p.*, contro la domanda del tuo avversario, tu puoi valertene, adducendo, per es., che sei stato costretto da timore o indotto da dolo o da errore a confessarti debitore, per es., per causa di vendita, mentre non lo eri, e potrai difenderti colle eccezioni annesse a queste circostanze: ma non hai la *exc. n. n. p.*, perocchè questa ha luogo soltanto, ove si chiede *pecunia* effettivamente *credita* e mutuata senza addentellato con cause che non siano di mutuo. Che quando si redige in chirografo una quantità *credita* per causa precedente di debito, come qui proponi, non si ricerca se la numerazione del danaro connessa col mutuo sia avvenuta, ma solo se la causa precedente, da cui realmente trae origine il debito, sia intervenuta e sia *justa* (2).

---

(1) Arg. L. 15 D. *de reb. cred.* (12, 1).

(2) Cfr. Donello ad c. 5, Cod. *h. t.*, VIII, col. 233-240; Carle, *op. cit.*, p. 101; De Frescquet, *Tr. élém. de Dr. Rom.*, p. 157. In ordine al testo qui in esame

b) Poteva il documento scritto riferirsi ad una *causa antecedens*, che fosse di mutuo; attestare, cioè, una numerazione di danaro per mutuo avvenuta anteriormente all'emissione del documento. In questo caso è assai più grave il risolvere se al debitore spetti la *exc. n. n. p.* La soluzione affermativa è dominante sia per parte di coloro che, contrari a noi sulle altre teorie capitali relative al nostro argomento, tendono ad allargare il più che sia possibile la cerchia della *exc. n. n. p.;* sia anche per parte di coloro, che d'accordo in massima con noi sul resto, vogliono che almeno in tutto il ciclo del mutuo l'*exc. n. n. p.* sia applicabile.

Noi teniamo un'opinione opposta; giacchè il testo del c. 13 Cod. *h. t.*

---

l'HUSCHKE (*op. cit.*, X, n. 3, p. 136-137) osserva che il disposto di tale c. 5 Cod. *h. t.* è indirizzato a limitare l'uso dell'*exc. n. n. p.*, soffocando i tentativi fatti per estenderla a strumenti di debito con stipulazione rilasciati da un debitore per una *causa praecedens*. Aggiunge poi che con quel testo l'Imperatore Alessandro intende evidentemente di colpire chirografi di novazione di debito anteriore per affitto, vendita, ecc.; ai quali chirografi deve paragonarsi il chirografo di mutuo, che con quelli ha una forte similitudine esterna, sì da esservi equiparato da alcune leggi, quali la L. 49, D. *de peculio* (15, 1) e il c. 6, Cod. Theod. *de denunt.* (2, 15); per quanto ve ne siano altre, che ne lo distinguono, come il c. 6, Cod. *si cert. pet.* (4, 2). Dalle parole della L. 40, D. *de minor.* (4, 4) riferentesi ad un chirografo rilasciato per somma di fedecommesso dovuta *ex judicato: « ... et cautionem eidem debitor, quasi creditae pecuniae, fecerat...* » l'HUSCHKE deduce che in siffatti documenti, oltre dell'indicazione speciale del fondamento anteriore del debito, si soleva dire da chi aveva rilasciata ricevuta, di avere avuto il danaro, come per mutuo; donde l'espressione usata dai Giuristi *« in creditum ire »* (L. 3, § 3, D. *De S. C. Maced.*, 14, 6; L. 5, § 18, D. *De trib. act.* 14, 4). Ciò doveva favorire l'opinione che la *exc. n. n. p.*, valer dovesse anche per questi chirografi fingenti il ricevimento del danaro per mutuo: di qui la necessità di un disposto, che, come fa il c. 5 in esame, risolvesse la questione. Del resto, prosegue l'HUSCHKE, qui non si riscontra la specialità del chirografo di mutuo, che dà luogo all'*exc. n. n. p.*, ossia la confessione del danaro quasi forzata, e perciò non probante del contemporaneo ricevimento dell'importo del mutuo, che poi in fatto ordinariamente non si verifica; qui invece il convenuto riconosce volontariamente un debito anteriore, come materiale fondamento della novazione e dell'azione; quindi contro siffatti strumenti di debito non vi è *exc. n. n. p.* invertente l'onere della prova. Cfr. anche HUSCHKE innanzi § IX, p. 112 e segg.

ci sembra decisivo per negare l'applicabilità dell'*exc. n. n. p.* in qualsiasi caso di *causa antecedens*, compreso quello di mutuo: « GENERALITER *sancimus: ut si quid scriptis cautum fuerit* PRO QUIBUSCUMQUE PECUNIIS EX ANTECEDENTE CAUSA DESCENDENTIBUS, *eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causae probationem stipulatorem exigere; cum suis confessionibus acquiescere debeat...* ». Le frasi *generaliter sancimus* e *pro quibuscumque pecuniis* sono di una tale esplicita generalità da non ammettere eccezione di sorta. Nè vale l'obiettare il disposto dei testi anteriori di questo titolo, che conferiscono l'*exc. n. n. p.* al debitore per mutuo, perocchè essi parlano, come il c. 7 che è il caposaldo di questa materia, di mutuo con numerazione contemporanea o futura, mai anteriore; che anzi l'interpretazione rigorosa del c. 13, che noi sosteniamo, è l'unica atta a renderlo consono coi capitoli anteriori, precipuamente col c. 5, poco fa considerato. Un riflesso sta a suffragare la nostra teoria: il c. 13 in esame dice che quando *promissor specialiter edixerit* non gli sia lecito sobbarcare al creditore l'onere della prova; ora è nel solo caso del mutuo, che tutte le leggi anteriori ed anche le posteriori, attribuiscono l'onere della prova allo *stipulator*, al solo *stipulator mutui* e non di verun altro contratto; se adunque in questo caso parlando di *causa antecedens* l'imperatore Giustino sente il bisogno di affermare esplicitamente quel che in ogni altro caso, che non fosse di mutuo, sarebbe regola normale — l'onere probatorio, cioè, devoluto al debitore eccipiente, non al creditore eccepito —, è evidente ch'egli con tale affermazione vuol porre una deroga in tema di mutuo a quanto si contiene nelle leggi anteriori da riferirsi a causa contemporanea o futura. Si aggiunga che nel caso della *causa praecedens* anche di mutuo non ricorrono affatto le ragioni della *exc. n. n. p.*, perocchè un debitore, che si confessa tale per mutuo numerato anteriormente in un documento scritto, che non è altro se non un riconoscimento ultroneo di debito già di per sè perfettamente esistente, non si trova affatto in quel pericolo del debitore di mutuo con sborso contemporaneo o futuro, cui l'*exc. n, n. p.* è stata introdotta ad ovviare; un debitore di tal fatta, che con una inqualificabile imprudenza senza nulla aver ricevuto dal creditore, abbia ribadito un vincolo di

mutuo privo di ogni base oggettiva, non merita alcun riguardo nè alcun soccorso per parte della legge.

44. 3°) Caso della causa falsa ovvero mancante o confusamente espressa. Appunto ammessa la nostra opinione, che cioè l'*exc. n. n. p.* dovesse ricorrere solo nel caso di numerazione per mutuo contemporanea o futura, poteva accadere che il *fœnerator*, all'effetto di privare il debitore di tale potente ausilio, costringesse il debitore sostanzialmente mutuatario ad esprimere nel documento scritto un'altra *causa negotii*, che non fosse quella di mutuo, ovvero a preterire addirittura ogni enunciazione di causa, o ciò ch'era lo stesso, ad enunciarne una in modo confuso ed inintelligibile. Nel primo caso il debitore appariva obbligato per quel negozio, di cui la causa si trovava da lui dichiarata nel documento scritto e non poteva certo essere soccorso dall'*exc. n. n. p.* Però a lui, in quanto era intervenuto inganno fin dal principio del contratto, spettava, oltre la *condictio indebiti*, l'*exc. doli mali specialis* (1). Che se egli riesciva a convincere *per apertissima rerum argumenta scriptis inserta* la coscienza del giudice di detta falsità, incombeva poi al creditore il dimostrare che una causa era intervenuta a sostrato del negozio nel documento scritto attestato (2).

---

(1) In tema di causa falsa anche in antico la giurisprudenza e la equità Pretoria avevano accordata l'*exc. doli malis specialis*, nel caso di un contratto *literis*, che, pure essendo regolare circa alla forma e circa al consenso del debitore, conteneva una falsa *causa negotii*. Una tale applicazione della *exc. doli mali specialis* risulta introdotta in queste circostanze da un passo di CICERONE, *De off.*, III, § 14, che dopo avere narrato l'artificio con cui Pizio banchiere di Siracusa aveva fatto comprare i suoi giardini al cavaliere romano Canio, dopo avere mostrato il compratore adescato, che consente a qualsivoglia prezzo e si lega con obbligazioni letterali *(nomina facit)* — il che trasforma il legame della vendita, ch'era di diritto delle genti e di buona fede, in un legame di stretto diritto civile — si duole che a quel tempo il suo collega Aquilio Gallo non avesse pubblicate ancora le formole contro il dolo, le quali avrebbero colpito il disonesto banchiere Siracusano. Ora se la detta *exc. doli mali specialis* era applicabile ai *nomina transcripticia*, doveva *a fortiori* essere applicata ai documenti di debito, in un tempo, in cui ogni rigorismo dell'antico diritto era scomparso.

(2) Arg. L. 25, § 4 in fine, D. *de probat.* (22, 3) e C. 13 *h. t.* « ... *non jam ei (promissori) licentia sit causae probationem stipulatorem exigere,*

Quid nel caso della causa mancante, ovvero confusamente espressa? Cominciamo dal premettere che per noi sostenitori convinti della forza obbligante della scrittura, un documento scritto di tal fatta, una *cautio indiscreta*, per appellarlo col nome attribuitogli tecnicamente, valeva pienamente, per essere non già la causa del debito, sibbene la scrittura che costituiva *ex se* il vincolo obbligatorio. Sta che l'assenza di specificazione di una causa del documento non significa affatto che una causa sia mancata al negozio giuridico ivi affermato; ciò avrebbe per base l'assurdo che uomini ragionevoli possano fare disposizioni patrimoniali astratte mancanti di una causa soggettiva. Un documento di debito, che i contraenti non sapessero per che darlo e per che riceverlo, non sarebbe altro che il prodotto dello scherzo o della pazzia: ora lo scherzo e la pazzia non si suppongono, nè tampoco possono formare il sostrato di un responso di classico giureconsulto; ed è precisamente sulla *cautio* che *indiscrete loquitur* che, presupponendone la valida esistenza col fatto stesso di dettarne le norme di prova, ha interloquito il Giureconsulto Paolo nel controverso già citato testo § 4, L. 25, D. *de probat.*, che noi propendiamo a ritenere interpolato sì, ma non apocrifo.

Si è obiettato ancora che ogni documento deve avere la causa espressa, onde, ove d'uopo, se erronea, si possa combattere la erroneità della causa stessa. Questa idea parte da un pensiero sbagliato, come se chi emette un documento di debito sappia il perchè della emissione proprio soltanto colla visione materiale del documento stesso. Un tal pensiero è assurdo, giacchè quel perchè lo sa naturalmente l'emittente come il ricevente, e se l'emittente non lo sa è sua colpa: la prova contro la causa erronea o meno del documento potrà, se non espressa in esso, essere per l'emittente un tantino più incomoda e difficile, non certo impossibile. Nè si dica che è iniquo il costringere il debitore a siffatta dimostrazione, poichè forse è l'emittente stesso che si è posto

---

cum suis confessionibus acquiescere debeat; nisi certe ipse e contrario, per apertissima rerum argumenta scriptis inserta, religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit... »

spontaneamente, e fors' anco talvolta in mala fede, in questa condizione, di emettere cioè un documento senza specificarne la causa; e sarebbe davvero una pietà curiosa quella di trarlo da codesta posizione, annullando l'atto, se egli non ha i mezzi per impugnarlo, come se fosse scopo del documento esistere precisamente pel fine soltanto di lasciarsi impugnare. Un'altra obiezione si è mossa: se la causa non risulta può essere turpe (1); *quid* allora? Il documento non varrebbe, secondo l'opinione comune, che previa dimostrazione di causa lecita. Ma anche questa testimonianza sarebbe essa credibile se togliamo la presunzione della liceità? In ogni documento di debito non si potrebbe sollevare sempre il dubbio che la causa espressa non mascheri un contratto illecito? O non si sa che l' usuraio, per es., invece degli interessi illeciti si fa segnare un capitale più alto? Si vede dunque che la presunzione della illiceità nei contratti detti indiscreti porterebbe alla conseguenza di annullare ogni altro contratto pel dubbio che la causa espressa non larvi l'illecito: dobbiamo perciò venire alla presunzione opposta, che cioè i contratti leciti sono la regola, gl'illeciti la eccezione; cosicchè non la illiceità, ma la liceità della causa si deve presumere sempre, fino a prova contraria, sia o non sia la causa stessa espressa. Dimostrata così la possibilità non solo, ma la validità di un documento di debito privo di una causa espressa (2), sta per noi che

---

(1) Circa i documenti scritti aventi causa turpe o legalmente riprovata. V. L. 1, § 3, D. *De cond. sine causa* (12, 7); L. 24, § 5, D. *De soluto matrim.* (24, 3); LL. 6, 7, 8, D. *De cond. ob turp. vel iniustam causam* (12, 5), cfr. con L. 9, § 3, D. *Quod met. causa* (4, 2); L. 6, D. *De donat. inter virum et uxor.* (24, 1); L. 21, § 1, D. *De donat.* (39, 5); LL. 6, 123, 134, D. *De verb. oblig.* (45, 1); L. 32 pr. D. *Ad leg. falcid.* (35, 2); L. 49, D. *De verb. signif.* (50, 16); c. 1, Cod. *De cond. ob turp. caus.* (4, 7). Cons. SALPIUS, *op. cit.*, p. 289 e segg.

(2) A questo identico risultato giunge l'EINERT (*op. cit.* p. 51 e segg.) nell'ammettere quelle che egli chiama polizze liscie *(Forderungen glatte)* da noi già innanzi menzionate, e consistenti in documenti sciolti dai rapporti di fatto, da cui hanno origine ed adatti perciò ad un vero commercio come obbligazioni, segnatamente per trarre profitto del credito come danaro contante. Però, spiegata l'ammissione di codeste polizze liscie, come un prodotto della influenza e della tendenza di autonomia del ceto commerciale, in esse l' EINERT fa consistere il contratto

non potendosi ammettere, come abbiamo già detto, che fra uomini ragionevoli si contraggano obbligazioni senza il sostrato di una ragione soggettiva, la *causa negotii* dove ritenersi latente sì, ma pure esistente. Ed una tale causa latente, secondo noi, in altra non può consistere che in una causa antecedente. A questa soluzione ci induce avanti tutto la connessione da tutti riconosciuta fra il detto testo di Paolo riguardante la *causa indiscreta* e la Costituzione di Giustino riferita nel c. 13, Cod. *h. t.*, connessione che è tale da doversi ammettere che questa altro non sia che una fedele riproduzione di quello (1). Ora la Costituzione di Giustino non può da alcuno met-

---

letterale recenziore, ed è contro tali polizze liscie che l'EINERT vuole introdotte dalla tutelomania degl'imperatori la *querela* e la *exceptio n. n. p.* Su questa seconda parte della teoria Einertiana noi dissentiamo nel modo più reciso. E neppure alla prima parte di tale teoria possiamo aderire incondizionatamente, sebbene sul resultato ci troviamo d'accordo; possiamo aderirvi, cioè, a patto soltanto che l'assenza d'una causa nel documento scritto valga come assenza d'espressione della causa stessa; a patto che si sia, cioè, in campo di causa taciuta, non in campo di causa inesistente, siccome da qualche accenno dell'EINERT potrebbe sembrare. Cfr. innanzi nota 1, p. 30.

(1) GNEIST, *d. form. Vertr.*, p. 207 e segg.; FICK, *Recens. cit.*, p. 493-494. Contro: SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 61-63. L'HUSCHKE (*op. cit.*, § X, n. 3 in m. p. 137-139) mette bene in rilievo questa corrispondenza. Riportiamone i concetti. Comincia dal tratteggiare la storia del c. 13, Cod. *h. t.* affermando che questo testo è una Costituzione di Giustino portata nel Codice da Giustiniano, il quale non ha fatto altro che trasportare il detto di Paolo dalla L. 25, § 4, D. *de probat.* intorno ad una *cautio* rilasciata *indebite* coll'indicazione di un preteso motivo di debito riferendolo alle *cautiones* in cui per novazione si promette una quantità dovuta *ex praecedente causa* (Cfr. anche HUSCHKE innanzi p. 112). Il fondamento infatti per giudicare nel modo stesso sull'onere della prova nei due casi di Paolo e di Giustiniano è l'identico, cioè, la propria confessione del debitore, che regolarmente deve obbligarlo, con dispensa del creditore dalla prova relativamente al fondamento del debito e la circostanza che non si tratta di una stipulazione di mutuo dove solo per motivi già noti fa difetto quella forza probante. Rispetto all'occasione della detta Costituzione, l'unica, che sulla nostra *querela* Giustiniano abbia accolta prima delle sue dall'intiera epoca postconstantiniana si potrebbe dedurre dalle parole « *pro quibuscumque pecuniis* » che cioè i cattivi debitori pretendevano accampare l'*exc. n. n. p.* per questo o quel motivo non rigettato espres-

tersi in dubbio che si riferisca alle « *pecuniae ex antecedente causa*

---

samente dai testi. Però è poco probabile che i giudici non abbiano respinto questa *exceptio* per l'analogia degli antichi rescritti, tanto più che il c. 5, Cod. *h. t.* parla generalmente. Anche non si spiega il rilevare che fa Giustiniano della stipulazione *(promissor, stipulatorem)*, e della semplice *pecunia*, mentre si aspetterebbe una disposizione generale che riguardasse non solo la *pecunia* ma qualunque cosa fungibile. Le parole « *non jam ei licentia sit* » accennano ad un mutamento del diritto vigente nel tempo in che la Costituzione fu emessa. In vista poi della storia della nuova obbligazione letterale si può affermare che dopo Costantino in seguito all'equiparamento col chirografo di mutuo della promessa di novazione di una somma in danaro dovuta *ex causa praecedente* mediante chirografo che molti credono subentrato al posto della antica *obligatio literarum*, la *exc. n. n. p.* valeva anche contro la detta promessa di novazione coll'effetto che il creditore doveva provare anche la *causa praecedens debiti;* e solo si discuteva se un tal chirografo doveva contenere la clausola di stipulazione, perchè altrimenti non avrebbe avuto forza di novare. A questa idea pericolosa pel credito ovviò appunto Giustino colla sua Costituzione, e ristabilì l'antico detto di Paolo, secondo la giusta idea della *querela* e della *exceptio n. n. p.*, ne' due Codici anteriori contro il Teodosiano, le cui disposizioni contraddittorie Giustiniano non accolse; mentre questo Imperatore col rilevare la necessaria stipulazione nel caso di chirografo *ex causa praecedente* accennò alla differenza essenziale di fronte al chirografo di mutuo. Secondo questa differenza nulla monta se la causa ricordata è antecedente effettivamente o soltanto idealmente, come se per es. la novazione avviene per un'obbligazione da contrarsi in avvenire, per es. « *quod pretium mihi ob illam rem tibi vendendam mihi debiturus es* » (L. 8, § 2, D. *de novat.* 46, 2. Cfr. con L. 71, D. *pro soc.*, 17, 1). Se lo strumento — e qui l'HUSCHKE diventa d'un'oscurità profonda, sicchè più che riassumerlo bisogna intuirlo o commentarlo alla stregua del testo cui s'appoggia — fosse di mutuo nella forma, ma rilasciato di fatto per una *causa praecedens*, per es. per prezzo di vendita, però non indicata nello strumento e quindi non constatata; e il convenuto debitore eccepisse la simulazione del mutuo fatto con o senza stipulazione novante (che è il caso del c. 6, Cod. *Si cert. pet.*, 4, 2) naturalmente la prima *causa obligationis*, come novata o rimasta tale e quale, dovrebbe dimostrarsi dal creditore, e al debitore non competerebbe l'*exc. n. n. p.;* sempre quando però il debitore avesse dimostrata la simulazione del mutuo anche con prove scritte. Se al contrario il debitore, anzichè eccepire la simulazione antitetica della *exc. n. n. p.*, opponesse senz'altro l'*exc. n. n. p.* stessa, allora il creditore dovrebbe provare o la numerazione del denaro per eliminare il fondamento dell'*exc. n. n. p.*, o la simulazione con la relativa *causa praecedens*, che converrebbe in questo caso a lui di affermare per mandare a spasso l'*exc. n. n. p.*

descendentes », come bene nota il *Baehr* (1). Dunque se questa Costituzione si riferisce ai casi di *causa antecedens*, anche la *cautio indiscreta*, di cui nel testo corrispondente di Paolo, dev'essere sinonimo di *cautio ex causa antecedente*. D'altro canto non mancano rapporti analoghi, nei quali l'assenza di una causa espressa, ma con evidente riattacco a causa precedente, valga a renderli inefficaci o nulli: così, ad es., se un creditore rilasci quietanza di una obbligazione, senza la indicazione della relativa causa, la quietanza vale tuttavia pienamente; o se taluno rilasci un documento di cessione senza esprimere il negozio giuridico che sta a base della cessione, il documento non per ciò sarà men valido. Infine è ovvio rapportare la *cautio indiscreta* ad un debito per causa antecedente, perocchè, data l'esistenza di una *causa negotii* sempre necessaria per la ragionevolezza umana, il modo più razionale di spiegarne la mancanza di espressione nel documento per parte dei contraenti è quello di ritenere che costoro trattandosi di un documento posteriore di ricognizione abbiano sottintesa la causa, senza sentire il bisogno di riaffermarla con una per essi superflua ripetizione.

Nè regge la pretesa di *Salpius* (2) che il contratto di ricognizione non possa stare da sè, ma debba far risultare l'obbligazione antica, con cui è in rapporto; sicchè la semplice dichiarazione: io prometto di pagare cento o sono debitore di cento, non possa costituire una ricognizione, senza che le parti abbiano specializzato il rapporto tra la prima e la seconda obbligazione, e debbano accordarsi « su di una « obbligazione concreta individuale la quale deve continuare a vivere « nella ricognizione »; pur non essendo necessario che « si recapito-

---

aderente e applicabile al solo mutuo. In un senso diverso che come *causa antecedens debiti ex qua pecuniae promissae descendunt* e segnatamente come *causa antecedens numerationis* la Costituzione non può essere intesa; ciò dimostra tanto l'averla presa dal detto di Paolo, che nella *condictio indebiti* suppone una *causa debiti* anteriore quanto l'intrinseco contenuto della Costituzione stessa.

(1) Baehr, *op. cit.*, § 38 ed *Append*, n. XVIII.

(2) Salpius, *Novat. u. Deleg.*, p. 502 e segg.

« lino tutte le particolarità dell'antica obbligazione ». E di vero, come argutamente osserva il *Baehr* (1), vorremmo domandare a *Salpius* se egli abbia mai incontrato uomini, di cui l'uno abbia detto all'altro: io ti rilascio un documento di debito di cento senza sapere perchè ti sia debitore; di ciò c'intenderemo dopo. Da parte nostra questi uomini non li conosciamo, e se non ve ne sono, è inutile il requisito voluto da *Salpius* del rapporto speciale coll'obbligazione anteriore; è inutile nel senso che questo rapporto, sia espresso o no, dev'esserci sempre stato di necessità, e quindi non ha bisogno di dimostrazione. In somma una semplice dichiarazione: io riconosco di doverti pagare tanto nel senso inteso come possibile da *Salpius*, ossia senza rapporto ad un debito per causa precedente, non esiste che nella mente di certi giuristi, non nella realtà.

Dimostrato che il documento di debito privo di una causa espressa — da equipararvisi il documento con causa confusamente espressa — valeva con riferirsi la causa non espressa ad una tacita causa antecedente, è a domandarsi se ad un documento di tal fatta, semprechè la taciuta causa antecedente fosse di mutuo, fosse applicabile la *exc. n. n. p.* Il dubbio può muovere dai simili testi citati di Paolo e dell'imperatore Giustino. Tanto l'uno che l'altro di tali testi impongono al debitore di essere astretto alla confessione fatta nella *cautio;* quando « *causas explanavit pro quibus eamdem (cautionem) conscripsit...* » detta il passo di Paolo, cui corrispondono le parole di Giustino « *eamque (antecedentem) causam specialiter promissor edixerit...* », coll'obbligo nel debitore stesso, se voglia liberarsi, di dimostrare con prove palmari « *sese indebite promisisse* », o che « *in alium quemquam modum, et non in eum quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit...* ». Che se il debitore siasi obbligato, a mezzo di *cautio indiscreta* o *non specialiter edicta*, allora spetti al creditore l'obbligo di dimostrare il debito dedotto nella *cautio* stessa e la relativa *causa:* «... *sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur: tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit...* », alle

(1) Baehr, *op. cit.,* § 63, p. 282 nota 4 a.

quali frasi di Paolo fa riscontro, per argomento *a contrario*, l' «... *ei (promissori) licentia sit causae probationem stipulatorem exigere...*» di Giustino. In questo obbligo di prova fatto al creditore si è voluto riscontrare l'*exc. n. n. p.*, che da taluni anche avversarii della per noi falsa teoria del costituire l'*exc. n. n. p.* un beneficio di prova (1)

---

(1) Il BAEHR (*Append.* n. VIII) sostenitore accanito contro GNEIST del non costituire l'*exc. n. n. p.* un beneficio di prova ritiene, cadendo secondo noi in una patente contraddizione, che nel caso della *causa antecedens non specialiter edicta*, ch'egli chiama *impropria*, debba applicarsi la *exc. n. n. p.*, da negarsi invece al caso della *causa antecedens specialiter edicta*, ch'egli appella *genuina (ächten)* e che considera essere quella determinata precisamente nelle sue circostanze di tempo. Conc.: GLÜCK, *Pand.*, XII, p. 105 e segg., e WINDSCHEID, *Pand.*, § 372 testo e nota 10. Contro questa distinzione, partendo naturalmente da un punto diverso del nostro, si schiera lo GNEIST, *d. form. Vertr.*, p. 304 e segg. L'HUSCHKE, *op. cit.*, § X, n. 3 in f. p. 139-140, sembra sostenere una teoria contraria a quella del BAEHR, diciamo sembra perocchè la forma del suo scritto non abbonda in questo punto di chiarezza, sicchè non è esclusa la possibilità di fraintenderlo. L'opinione, dice l'HUSCHKE, che si vuole appoggiare ai cc. 5 e 13, Cod. *h. t.* che nella causa di debito *ex causa praecedente* manchi la *querela* e la *exceptio n. n. p.*, sol quando nel documento appaia la determinazione di un tempo certo di ricevimento anteriore p. es. — ieri, l'anno passato, — ecc., non ha fondamento nelle fonti. Tale opinione, di cui l'HUSCHKE (p. 139, nota 1) addita come sostenitori il GLÜCK, lo GNEIST ed il WINDSCHEID, dimenticando il BAEHR, che meglio di ogni altro l'ha enunciata, è, pel detto Autore, almeno parzialmente erronea ed oscura; perchè la determinazione del tempo del ricevimento — cui dovrebbero per logica assimilarsi altre determinazioni contingenti, quelle p. es. del luogo, della persona che ha consegnato, ricevuto ecc. — potrebbe al più facilitare al creditore la prova della numerazione, ma non sarebbe tale da indurre la esclusione della *querela* e della *exceptio n. n. p.* Chè anzi l'aggiunta di una tale determinazione dovrebbe spingere ad ammetterle, anzichè negarle, perocchè il più delle volte potrebbe prendere origine dall'imposizione coatta fatta al debitore dal creditore. In altre parole sembra che l'HUSCHKE voglia sostenere che la determinazione di tempo o di altra circostanza debba avere per effetto di rendere opponibile contro il documento di debito attestante un ricevimento per causa antecedente la *querela* e la *exc. n. n. p.*; ciò forse per mantenere lo spirito di siffatti istituti tendente a rimuovere le frodi dei creditori; e frode appunto, se valesse la teoria dall'HUSCHKE contestata, potrebbe sembrare la coazione delle nominate ag-

si è sostenuto essere applicabile ai documenti di debito per causa antecedente non espressa. Noi, dato anche che la non espressa *causa antecedens* si dimostrasse essere di mutuo (chè se dimostrata di altro contratto neppur sarebbe a farsi questione), riteniamo che il caso presente rientri nel secondo dei casi da noi sopra fatti di *causa antecedens* espressa. Ed invero nè l'uno nè l'altro dei testi sopracitati fanno parola di *exc. n. n. p.;* essi si limitano ad imporre al creditore l'onere di dimostrare il debito e la causa del debito in pena di avere accettato una *cautio indiscreta* o non *specialiter edicta*. Ora negata recisamente, come noi neghiamo, la teoria che la *exc. n. n. p.* consista in un beneficio di prova e nulla più, è assurdo sostenere che quei testi alludano, senza nominarla, all'*exceptio* stessa; chè, anzi, noi, dall'attribuirsi di Paolo e di Giustino la prova al creditore eccepito, senza far motto di *exc. n. n. p.*, vogliamo dedurre un nuovo argomento a sostegno della tesi che siffatta deroga ai principii in tema di prova non è affatto speciale ed esclusiva al caso della *exceptio* stessa.

45. Ed ora passiamo ad accennare le principali regole, che ricorrono per l'applicazione del nostro istituto. Premettiamo che la maggiore parte delle norme e dei principii riflettenti l'*exc. n. n. p.* trovansi nel titolo omonimo del Codice Giustinianeo. Noi limitandoci a commentare i testi salienti, e che presentano qualche controversia od oscurità, lasceremo da banda quelli che sono di facile e letterale intelligenza.

Avanti tutto nulla importava che il documento di debito fosse stato dal debitore sottoscritto *simpliciter*, o che vi si fosse aggiunta anche

---

giunte al documento di debito. In un caso per l'HUSCHKE l'ipotesi della *querela* mancherebbe sicuramente, quando cioè il creditore agisse per un mutuo puro e si servisse per dimostrare ciò di un documento di ricevimento rilasciato, p. es. un anno addietro, caso previsto dalle parole della L. 126, § 2, D. *de verb. obligat.*: « *plane si praecedat numeratio sequatur stipulatio non est dicendum recessum a naturali obligatione.* » Questo è per l'HUSCHKE il caso, che devono essersi rappresentato oscuramente i sostenitori contrarii, ed a cui bisogna restringere la loro opinione.

una obbligazione di pegno (1), od una ipoteca (2), od anche una *jusjurandi religio* (3), perocchè tutte queste aggiunte non influivano punto sull'*exc. n. n. p.*, e non potevano affatto escluderla nè impedirla, dacchè erano accessorii che seguivano in tutto e per tutto la sorte dell'obbligazione principale, cui aderivano, nè potevano valere a renderla inattaccabile dall'*exc. n. n. p.* (4).

46. L' *exc. n. n. p.* si dava tanto *pro tota pecunia*, cioè tanto quando niente della *pecunia* promessa nella *cautio* o chirografo si fosse dal *fœnerator* numerato, come quando se ne fosse numerata soltanto una parte. Enunciato così il principio occorre notare che il c. 2,

---

(1) Const. degl'imperatori Severo ed Antonino rif. nel c. 1, Cod. *h. t.*: « *Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam adseris, et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes, nam intentio dati pignoris nec numeratae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit, eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit.* » V. Donello su questo testo *loc. cit.*, col. 199. V. anche cc. 1 e 2, Cod. *Si pign. convent. num. pec. secuta non fuerit* (8, 33). Per un maggior commento su questo punto, e precipuamente per le interpolazioni, che si pretendono indotte nel testo in esame, a cui già abbiamo innanzi (pag. 56) accennato, cons: Gneist, *d. form. Vertr.*, p. 275 e segg. Contro: Dernburg, *Pfandrecht*, I, p. 79 e segg.; Schlesinger, *op. cit.*, p. 301-304; Windscheid, *Pand.*, § 372 testo e nota 1; *Zeitschr. für. Civilr.*, XX, p. 169 e segg.; Huschke, *op. cit.*, § IX, p. 104-106 e § X, n. 5, p. 140.

(2) Const. di Alessandro Severo c. 5, Cod. *h. t.* già da noi riportata.

(3) Const. dell'Imperatore Giustiniano, c. 16, Cod. *h. t.*: « *Indubitati juris est non num. pec. exceptionem locum habere, et in talibus nominibus vel foeneratitiis, vel aliis cautionibus, quae etiam sacramenti habent mentionem, quae enim differentia est in hujusmodi exceptione sive jusjurandum positum est, sive non, tam in foeneratitiis cautionibus, quam in aliis instrumentis, quae talem exceptionem recipiunt.* » Cons. Donello, *loc. cit.*, col. 367-368; Richeri, *op.* e *loc. cit.*, § 2289.

(4) V. Groeneweg ad c. 17, Cod. *de non num. pec.*; *Censur. Florent.*, lib. 4, c. 18; Rolando da Valle, 1, consil. 6; Tiraquello, *de Instit.*, 3, part. 7, lim. n. 34; Iacob. De Nig. *ad rubr.* D. *de verb. oblig.*, n. 182; Fortun. Garzia ad L. 27 § 2 D. *de pact.*; n. 68. Decius, *Consil.*, 240 e 351 n. 8; Didacus Covarruvias, *ad rubr. Extr. de testibus*, part. 2, n. 12; Guterius, part. 1, *Resolut.* e 37, *Mod.*; Carle, *De except.*, p. 102.

Cod. *h. t.* (1), donde emana, ha dato campo a due punti di controversia fra i commentatori. Ecco la fattispecie del testo: un debitore, ricevendo ad esempio cinque, dichiara nel chirografo o *cautio* di aver ricevuto dieci, cioè una maggior somma di quella che effettivamente gli era stata numerata. Prima questione: il debitore, che aveva ricevuto soltanto cinque, forsechè doveva esser costretto a restituire dieci? Si è risposto concordemente che no; il debitore, cioè, non poteva esser costretto a restituire più di quanto aveva ricevuto. Nè faceva a lui ostacolo la fatta confessione, come non ostava la confessione fatta d'aver ricevuto il tutto per colui, cui nulla, anzichè una parte, era stato della promessa *pecunia* numerato.

Seconda questione: a chi dei due spettar doveva l'onere della prova; incombeva cioè al debitore di provare che non aveva ricevuta la parte del danaro mutuato da lui negata, ovvero al creditore di aver quella eziandio numerata? Le parole del testo, si dice da un lato, sembrano richiedere che il carico della prova spettasse al debitore, perocchè suonano nel senso che il debitore avesse a restituire « *nihil ultra quam accepit* », semprechè constasse « *si... constiterit* » egli « *minorem pecuniam accepisse et majorem cautionem interposuisse...* ». Ora ciò non poteva *constare* se non mediante prova, e questa prova non poteva farsi se non da chi affermava (2), e chi affermava di non aver ricevuto una parte della *pecunia* promessa era precisamente il debitore. Dall'altro lato si adduce il susseguente c. 3, Cod. *h. t.*, dove in modo generale a chi negava di aver ricevuta in fatto la *pecunia*, che prima aveva confessato nella *cautio* di aver ricevuta, si dava l'*exc. n. n. p.;* ora questa portava con sè la circostanza di sobbarcare al creditore l'onere della prova di aver numerata la *pecunia*. La prima opinione, così a primo aspetto, pare preferibile. Perocchè, oltrechè

---

(1) C. 2, Cod. *h. t.*: « *Minonem pecuniam te accepisse et majorem cautionem interposuisse, si apud eum qui super ea re cogniturus est, constiterit; nihil ultra quam accepisti, cum usuris in stipulatum deductis restituere te jubebat.* » V. *Synops. Basil. h. t.* c. 60, § 2: « *Sive nulla, sive minor pecuniae quantitas sit numerata, potest ἀναργυρία opponi.* »

(2) Arg. LL. 2 e 3, D. *De probat.* (22, 3).

le parole del testo sembrano confortarla, non è difficile rispondere all'obiezione tratta dal c. 3 susseguente, ove si ponga mente che costì si dà l'*exc. n. n. p.* a colui, che negava di aver ricevuto in blocco tutta quanta la *pecunia*, di cui nella *cautio* s'era confessato debitore; mentre nella specie il debitore, che s'era confessato di dieci, ammetteva di avere ricevuto una parte, cioè cinque, e negava l'altra parte. Ora la prima affermazione obbligava il debitore alla prova della seconda negazione, perocchè chi si riconosceva debitore di una parte del debito confessato nel chirografo doveva presumersi che avesse nello stesso modo ricevuta anche l'altra parte. A sostegno di quest'opinione si adduce la L. 25, §§ 1 e 2, D. *De probat.* Costì si fa il caso d'una donna (come di qualsiasi altra persona *simplicitate gaudens*), che abbia pagato un indebito ad un supposto creditore; con siffatto pagamento ella tacitamente ha confessato di esser debitrice della somma pagata, onde, *solvit quasi deberet.* Poi s'accorge dell'errore e ripete il pagato come indebito. *Quaeritur* se spetti a lei il provare ch'ella non doveva, ovvero al supposto creditore il provare che il denaro sborsato gli era dovuto. Il detto testo distingue se la donna affermava che tutto il pagato era indebito spettava al creditore provare che era invece dovuto « § 1... *tunc eum qui accepit pecunias ostendere bene eas accepisse et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit eas redhibere.* § 2. *Sed haec ita si totam summam indebitam fuisse solutam is qui dedit contendat...* » Che se invece la donna confessava d'essere stata debitrice d'una parte della somma sborsata, allora per la confessione di siffatto debito parziale si doveva trasferire nella donna l'onere della prova circa il rimanente: § 2... « *Sin autem pro parte quaeritur quod pars pecuniae solutae debita non est... ipsum omnimodo hoc ostendere quod plus debito persolvit... secundum generalem regulam, quae eos qui opponendas esse exceptiones adfirmant vel solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit* ». Ora se questa soluzione valeva rispetto al caso precitato, in cui la donna si confessava debitrice in modo tacito mediante l'atto del pagamento, molto a maggior ragione valer doveva per colui che apertamente s'era in una *cautio* confessato debitore di tutta una somma, affermando poi d'averne ricevuta una parte soltanto, e negando l'altra.

Ma contro la teoria testè svolta sta il c. 9, Cod. *h. t.* (1), che la rende inaccettabile, per quanto in apparenza sembri giusta e fondata. E di vero in quel testo chiaramente si dice che colui, il quale avesse confessato d'aver ricevuto *ultra hoc quod accepit*, ad esempio dieci avendo in fatti ricevuto soltanto cinque, dovesse esser fornito dell'*exc. n. n. p.* per la parte, ch'egli negava di aver ricevuto. Ora è certo che l'*exc. n. n. p.* trasferiva sempre nel creditore il carico di provare ch'egli aveva in realtà numerato quanto a parole affermava di aver numerato (2). V'ha inoltre il testo della L. 76, D. *De rei vindicat.* (6, 1), il quale statuisce che quante volte si attribuiva ad alcuno l'*actio de tota re*, altrettante volte doveva intendersi attribuita *de parte.* E se tal principio vale rispetto all'*actio* valer doveva a *fortiori*, allorchè era accordata l'*exceptio*, perocchè « *favorabiliores rei potius quam actores habentur* » (3). Inoltre dal momento che per il c. 3, Cod. *h. t.* l'*exc. n. n. p.*, e con essa l'immunità della prova, veniva accordata al debitore, che negava l'intiera numerazione del danaro, sarebbe stato irrazionale il vietarla al debitore, che avesse negata la numerazione parziale, in quanto per l'un capo e per l'altro ricorreva l'*eadem ratio.* Nè i testi addotti dai sostenitori dell'avversa dottrina reggono alla argomentazione. Non la dizione letterale del c. 2, in esame, perocchè se è vero che per questo testo veniva attribuito al debitore l'onere di provare « *eum minorem pecuniam accepisse* » tal prova, come assevera il *Donello*, era una *probatio legitima, id est ea quae jure probatur et sufficit;* e questa *probatio legitima* il debitore la faceva sufficiente col fatto stesso dell'opporre la *exc. n. n. p.;* sicchè se avverso questa eccezione nulla si faceva constare in contrario dal creditore, l'addotta sua asserzione *de non num. pec.* si stabiliva irrefragabilmente, e qui stava appunto la forza effettiva del nostro istituto (4). Nè osta maggiormente la detta L. 25, §§ 1 e 2 D, *De probat.* Sta avanti tutto che se v'ha dubbio nella dottrina sulla

---

(1) V. su questo testo HUSCHKE, *op. cit.*, § IX, p. 113.

(2) CC. 3 e 10, Cod. *h. t.*

(3) L. 125, D. *De regulis juris.* (50, 17).

(4) Arg. c. 3, Cod. *h. t.*

genuinità totale o parziale del già innanzi considerato § 4 di tale legge di Paolo, la dottrina è invece pressochè concorde nel ritenerne del tutto apocrifi ed opera dei compilatori, di Triboniano in ispecie, i primi tre paragrafi (1). Ma dato anche che per dannata ipotesi i §§ 1 e 2 della legge non fossero apocrifi, non reggerebbe l'argomento su di essi poggiato, perocchè la loro specie non è punto simile a quella del c. 2 in esame, dacchè molto diverso era il caso di colui, che supponendosi debitore, tale si confessava nell'atto, in cui pagava il tutto *quasi debitum*, ed il caso di colui, che si confessava debitore del tutto, senza che però concorresse con la confessione il fatto dell'integrale pagamento. E di vero colui, che si confessava debitore del tutto, e ad un tempo tutto pagava, induceva la presunzione di essere del tutto debitore; a distruggere la quale non bastava la semplice affermazione posteriore di essere debitore solo d'una parte, ma bensì occorreva la prova concreta di questo fatto, in quanto una *praesumptio iuris* reggeva fino a quando non veniva ad eliminarla la prova contraria da addursi da colui, cui la presunzione stessa nuoceva. Nè a liberare il debitore dall'onere della prova poteva valere il fatto che egli fosse donna, minore o qualsiasi *simplicitate gaudens*, e cioè il difetto di discernimento; perocchè era verosimile che chi *gessit prudenter* nel pagare una parte, come veramente dovuta, avesse agito

(1) Cominciando da Fabro, *Conject.*, XVIII, c. 20 in f., che ritiene apocrifi non solo i primi tre paragrafi ma tutta quanta la legge: « *Nihil est tota illa lege, sive verba, sive sensum consideres, quod non sapiat Tribonianum a principio ad finem usque* »; e da Cujacio, *Observ.* 21, c. 25, e *Comm. ad h. t.*, fino ai recenti scrittori tedeschi, la dottrina su questo punto è concorde. Cons. Glück, *Pand.*, XII, p. 149 e XXI, p. 276 e segg.; Savigny, *Verm. Schrift.*, II, p. 355 e segg.; III, p. 429, 459; Vangerow, *Pand.*, III, § 625; Windscheid, *Pand.*, II, § 284 a, nota 9 e § 318 testo e nota 4; Gneist, *d. form. Vertr.*, p. 198-219; Baehr, *op. cit.*, §§ 22-23; Schlesinger, *op. cit.*, p. 39-63, 333; Fitting, nella *Zeitschr. f. Handelsr.*, III, p. 293; Arndts, *Pand.*, § 233, nota 8; Dernburg nella *Heidelb. Krit. Zeitschr.*, III, p. 509; Salpius, *Novat. u. Delegat.*, p. 322, 323, 482, 504; Schloszmann, *Zur Lehre V. der causa obligatorischer Verträge*, p. 6 e segg., Heimbach, *Cred.*, p. 388 e segg., 666; Huschke, *op. cit.*, § IX, p. 104 e segg., 117. Cfr. innanzi note 2 e 3 a p. 85.

non meno prudentemente nel pagamento dell'altra parte, che è presumibile fosse, come la prima, effettivamente dovuta. Al contrario nella specie in esame contro colui, che dapprima si era nel documento scritto confessato debitore di una *pecunia*, che poi non gli era stata numerata integralmente, la posteriore confessione di averne ricevuta una parte soltanto non costituiva presunzione veruna *de tota summa;* in quanto mancava il sostrato essenziale del fatto integrale pagamento, che solo costituiva nel caso anteriore la *praesumptio juris* contro il debitore. Nè poteva imputarsi al debitore di questa seconda specie di non avere agito prudentemente col confessare nel documento scritto di avere ricevuto una somma maggiore od un tutto, mentre in fatto gli era stata numerata una minore somma od una parte soltanto; dacchè lo scusava ampiamente la necessità di danaro, che l'aveva indotto a dichiarare di aver ricevuto più di quanto in fatto non aveva ricevuto, pur di strappare dalle mani del creditore la *pecunia* della quale urgentemente abbisognava. E quest'appunto, come si è visto, era stato lo evento, il di cui spesseggiare aveva data occasione e ragion d'essere al nostro istituto introdotto a sviare le frodi ed i raggiri degli usurai, che in quell'evento prendevano consistenza. La *ratio* del nostro istituto ricorreva adunque anche nel caso di numerazione parziale della *pecunia* confessata nella *cautio* o chirografo (1). Per queste ragioni è quindi a concludersi quel che da principio abbiamo enunciato, che cioè l'*exc. n. n. p.* si accordava al debitore anche *pro parte* in un con la conseguente devoluzione della prova sobbarcata al creditore (2).

47. L'*exc. n. n. p.*, in quanto, come dimostreremo fra poco, non era d'indole sua *personae cohaerens*, ma bensì *in rem*, era concessa non al solo debitore sottoscrittore della *cautio* o chirografo,

---

(1) Consuonano colla nostra teoria i cc. 9 e 14, § 2, Cod. *h. t.;* c. 3. Cod. *De plus petit.* (3, 10); c. 3, Cod. *De postul.* (2, 6); c. 4, Cod. *De cond. ob causam dat.* (4, 5).

(2) V. DONELLO, ad c. 2, *h. t. loc. cit.*, col. 209-212. Cons. anche su questo punto: GLÜCK, *Pand.*, V, p. 115 e segg.; HAENEL, *Diss. dom.*, p. 266; SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 313 e segg.; HUSCHKE, *op. cit.*, § IX, p. 106-108 e § X, n. 5, p. 140-141.

ma ben anche ad altre persone, che da lui prendevano causa. In primo luogo essa era concessa all'erede del debitore, ove questi fosse deceduto entro il tempo utile dell'*exceptio;* naturalmente l'opponibilità per parte dell'erede si restringeva entro i limiti di tempo residuo intercedente fra la morte del debitore e lo scadere del termine utile dell'*exceptio* (1). Si sono fatte a questo proposito due questioni. Primieramente si è discusso da qual momento codesto tempo residuo cominciasse a computarsi. *Accursio* argomentando dal c. 5, Cod. *De tempor. in integr. restitutionis* (2, 53), ritiene che tal tempo avesse a decorrere *ex adita hæreditate seu ex petita bonorum possessione* ». Ma *Donello* opina che quest'opinione sia sbagliata sul riflesso che il tempo utile dell'*exceptio* decorreva indipendentemente dalla volontà dell'erede, e quindi *hæreditate etiam non adita,* e decorreva ininterrotto e *continuum* (2), perocchè l'erede, venendo in luogo del defunto debitore, doveva semplicemente rappresentarlo nel suo diritto di opponibilità dell'*exceptio* senza pregiudicare menomamente i diritti corrispondenti del creditore, diritti che nella specie si concretavano nel vedere estinta irremissibilmente l'*exceptio* nel giorno, in cui era elasso il tempo utile di opporla. Sta inoltre che pel testo della L. 77, D. *De verb. oblig.* (45, 1) la pena che s'infliggeva al debitore per non aver fatto alcunchè entro un certo tempo, lui morto, si addossava all'erede « *licet non sit hæreditas ejus adita* »; ora nella specie la pena, che s'infliggeva al debitore per non essersi in tempo premunito contro il creditore, a mezzo della *querela non num. pec.*, era appunto la decadenza dalla corrispondente *exceptio*, onde questa pena doveva

(1) Const. dell'Imp. Alessandro rif. nel c. 8, Cod. *h. t.*: « *Si intra legibus definitum tempus qui cautionem exposuit nulla querimonia usus, defunctus est; residuum tempus ejus hæres habebit tam adversus creditorem, quam adversus ejus hæredem...* » V. Huschke, *op. cit.*, § X, n. 6.

(2) C. 14 princ. Cod. *h. t.*: « *In contractibus, in quibus pecunia vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium (quod antea constitutum erat) non numeratae pecuniae exceptionem objicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit vel successor ejus; sed intra solum biennium continuum: ut eo elapso nullo modo querela non num. pec. introduci possit...* »

estendersi eziandio all'erede, quand'anche non avesse adita l'eredità (1). Nè il testo addotto da *Accursio* fa al caso in esame, dacchè in esso si statuisce che il tempo utile di domandare la *restitutio in integrum* per parte dell'erede non avesse a decorrere nè a computarsi, se non *ab adita hæreditate.* Ora è ben diverso parlare dell' *initium temporis,* da cui doveva decorrere il tempo utile ad una qualche azione od eccezione, e parlare del progresso e del decorso di quel tempo. Sta bene che il tempo di intentare un'azione od eccezione cominciasse a decorrere per l'erede dall'adizione dell'eredità; ma una volta cominciato (e quest'è appunto il caso in esame) doveva decorrere continuamente, nè poteva essere interrotto dalla morte del debitore, altrimenti questo tempo non si sarebbe potuto appellare *continuum,* come lo appella il citato princ. del c. 14, Cod. *h. t.*

In secondo luogo s'è disputato se un erede minore di venticinque anni dovesse subire la decadenza dell'*exc. n. n. p.* comminata all'erede comune dopo il trascorso del tempo utile. Il c. ult. Cod. *In quib. caus. in integr. restitut. necess. non est* (2, 41) statuisce che il tempo utile delle eccezioni competenti ai minori non dovesse decorrere durante la minore età, e solo ne cominciasse la decorrenza, allorchè il minore fosse pervenuto alla età maggiore (2). Ma contro l'adduzione di questo testo s'è obiettato che nella nostra specie non si trattava già di minore, cui incombesse direttamente l'*exc. n. n. p.*; ma bensì di minore, cui incombeva non *ex se,* sibbene nella sua qualità di erede. Ora era principio indiscutibilmente ammesso dai testi (3) che l'erede, senza distinzione veruna di minore o maggiore età, succedeva nei diritti del defunto, ed in quanto erede, pei riflessi successorii, non poteva in alcun modo valersi di privilegii accordati a lui *ex persona.* Il *Donello* si sforza di confutare quest'obiezione sostenendo abilmente che se il minore doveva sotto-

---

(1) E con ciò si risponde anche all'obiezione, che potesse prendere le mosse dal fatto che all'erede, che non aveva adita l'eredità, od all'erede tacente non poteva imputarsi il fatto negativo di non avere entro il residuo tempo utile intentata la *querela non num. pec.*

(2) V. HUSCHKE, *op. cit.*, § X, n. 7 in fine.

(3) V. fra gli altri: L. 19 princ. D. *De judiciis etc.* (5, 1); L. 177 princ. D. *De reg. jur.* (50, 17).

stare alla sua qualità di erede per tutti gli effetti anteriormente acquisiti al defunto, i quali si estendevano acquisiti anche a lui, e quindi nella specie rispetto al trascorso di tempo utile dell'*exceptio* consumatosi durante la vita del debitore, aveva però tutto il diritto di giovarsi dei suoi privilegii di minore per gli effetti che si svolgevano dopo la morte del debitore, e nella specie pel tempo utile residuo della *exceptio*. A noi però questa confutazione, per quanto fine e cavillosa, sembra che non riesca a distruggere l'obiezione capitale sopra addotta; e ci pare che quell'autore abbia dimenticata troppo presto l'argomentazione da lui impiegata per la questione anteriore, che cioè nella specie nostra non si trattava già, per servirci delle sue stesse parole, *de initio temporis*, ma sibbene *de progressu temporis*, tanto più che l'*ab initio* è premesso qual condizione essenziale dei privilegii concessi al minore dal citato c. ult. Cod. *In quib. causis in integrum restit.*, dal testo cioè che forma il caposaldo della teoria Donelliana. Infine l'ammettere questa teoria contraddirebbe a quel requisito di continuità, che, come sopra s'è accennato, era essenziale carattere del tempo utile della nostra *exceptio*. Riteniamo quindi che anche per l'erede minore valer dovessero senza privilegio di sorta i principii ammessi per l'erede comune.

Notiamo infine che, in quanto l'*exc. n. n. p.* si accordava agli eredi del debitore, era logico e conseguente che essa fosse opponibile, oltrechè contro il creditore, eziandio contro gli eredi di lui (1). E di vero, come ben osserva il *Donello*, l'*exc. n. n. p.* si dava avverso la domanda di *numerata pecunia*, ora questa domanda od *actio* per *numerata pecunia* si dava non solo al creditore, ma eziandio all'erede di lui (2) sottentrato nelle sue ragioni di credito; era dunque razionale che anche contro quest'ultimo potesse il debitore od il suo erede difendersi coll'arma della *exceptio* antiteticamente corrispondente (3).

48. L'*exc. n. n. p.* competeva inoltre a tutti coloro, che s'obbliga-

---

(1) Arg. L. 37, D. *De adquir. vel amitt. hæredit.* (29, 2).

(2) C. 8, Cod. *h. t.* sopra riferita.

(3) V. Donello ad rubricam *h. t.*, *loc. cit.*, col. 199-200 e ad c. 8 Cod *h. t.* col. 246-247.

vano pel debitore e che per parte del debitore potevano esser convenuti dal creditore. Competeva quindi al *mandator*, al *pecuniae constitutae reus*, nonchè al fideiussore che s'era reso garante pel *debitor confessus* nel documento scritto: così il c. 12, Cod. *h. t.* (1). Su questo testo gli Autori classici fanno un'elegante questione. Si dice: se ad insaputa o senza contraddizione del fideiussore veniva dal *fœnerator* numerata al debitore la *pecunia*, persisteva nel fideiussore l'*exc. n. n. p.* contro il creditore? *Donello* risponde negativamente ed a ragione; perocchè l'*exc. n. n. p.* competeva bensì al fideiussore, ma non gli competeva *ex se*, sibbene *ex persona debitoris;* sicchè era dalla persona del debitore che l'*exceptio* dovea trarre consistenza oppur cessazione; ora al debitore dal fatto dell'avvenuta numerazione della *pecunia* l'*exceptio* veniva tolta, dunque doveva esser tolta eziandio al fideiussore, che dal debitore prendeva causa. Nè vale l'obiettare, come si fa da *Bartolo*, che l'*exc. n. n. p.* venisse acquisita al fideiussore nel momento che garantiva la sottoscrizione del documento, sicchè non potesse esserne privato contro sua volontà dal fatto del creditore o del debitore. Perocchè non era già contro sua volontà che il fideiussore perdeva tale *exceptio*, ma bensì volente; dacchè è naturale che garantendo l'obbligazione del debitore la garantisse seriamente, nel senso, cioè, che l'obbligazione avesse la sua realizzazione concreta nella *numeratio pecuniae;* sarebbe infatti assurdo l'affermare che il fideiussore si fosse obbligato pel caso che la *pecunia* non venisse numerata, chè in questi termini non vi sarebbe stata ragione nè serio fondamento d'obbligazione, e non si sarebbe potuto ritenere obbligato il debitore principale e quindi neppure il fideiussore, dacchè « *obligatio fideiussoris accessio est principalis, nec plus in accessione potest esse quam in principali re* » (2).

49. L'*exc. n. n. p.* competeva eziandio a quei creditori, i quali detenessero le cose del debitore, da cui la *cautio* era stata *conscripta*,

(1) « *Tam mandatori, quam fideiussori non num. pec. exceptio, exemplo rei principalis, competit.* » V. DONELLO ad *h. c. loc. cit.*, col. 262-263; HUSCHKE, *op. cit.*, § X, n. 6.

(2) § 5, Instit. *De fideiussoribus* (3, 21). Notiamo che l'*exc. n. n. p.* competeva al fideiussore, anche *invito debitore:* arg. L. 19, D. *De exception.* (44, 1).

e come tali fossero stati convenuti dal creditore della *cautio* stessa. Suppongasi, ad es., che Tizio debitore avesse scritto nella *cautio* di aver ricevuto da Mevio cento in mutuo, *spe futurae munerationis*, mentre poi questi cento non gli fossero stati numerati. Poco dopo aver *conscripta* la prima *cautio* ne sottoscriveva una seconda, in cui dichiarava di aver ricevuto da Sempronio cento, che gli venivano in fatto numerati e pei quali obbligava in pegno in pro di Sempronio tutti i suoi beni già anteriormente obbligati in pro di Mevio. Il creditore Mevio conveniva Sempronio, che deteneva — tale l'ipotesi — i beni del debitore Tizio a mezzo di un *actio hypothecaria*, onde rivendicare il pegno, e potersi in tal modo soddisfare dell'obbligazione di mutuo *conscripta* nella prima *cautio*. *Quid iuris?* Una Costituzione dell'imperatore Giustiniano (1) concesse al convenuto Sempronio l'*exc. n. n. p.* contro l'attore Mevio *ex persona et propter obligationem Titii debitoris*. Nè montava che l'*exceptio* quesita al debitore Tizio non potesse ritenersi ceduta al creditore Sempronio, dacchè, nei rapporti obbligatorii fra Tizio e Mevio, Sempronio era un estraneo, perocchè l'*exceptio* nostra era *non personae* ma *rei cohaerens;* ed in questo senso generale si trasferiva a chiunque interessava il soddisfacimento o meno dell'obbligazione principale *conscripta* nella *cautio*.

Nessuna distinzione si induceva tanto se il debitore era consenziente, ovvero assente o dissenziente; dacchè l'*exc. n. n. p.*, pur competendo *ex persona debitoris*, si considerava tuttavia quesita agli interessati

---

(1) Const. dell'Imp. Giustiniano rif. nel c. 15, Cod. *h. t.:* « *Si cui non num. pec. competere possit exceptio, etiam eo supersedente tali auxilio uti vel absente, creditores ejus (sive ipsi conveniantur, utpote res eius detinentes ab his qui debita ejus exigunt, cui competit hujusmodi exceptio vel dotis vel alterius caussae nomine) possint in examinando negotio suis adversariis eamdem non num. pec. exceptionem opponere, nec eo prohibeantur quod principalis debitor ea nunquam usus sit; ita tamen ut neque principali debitori neque fideiussori ejus aliquid praejudicium generetur, si is qui eam exceptionem opposuerit victus fuerit; sed possint illi postea, si conveniantur intra statuta scilicet tempora, eadem se exceptione tueri.* » V. Donello, *loc. cit.*, col. 303-306; Carle, *op. cit.*, p. 102.

e quindi indipendente dalla volontà del debitore stesso (1). Però se l'*exceptio* poteva esercitarsi dal creditore, *invito debitore*, la condanna, che venisse dal creditore conseguita, non poteva recare verun pregiudizio al *reus principalis*, nè al di lui fideiussore (2), i quali potevano alla lor volta opporre, se convenuti entro il tempo utile, l'*exceptio* contro il creditore riescito vittorioso nel precedente giudizio; e ciò pel noto canone « *res inter alios actas aliis non praejudicare* » (3).

50. La *exc. n. n. p.* non competeva al debitore, il quale fosse subentrato e si fosse sostituito in luogo di colui, il quale era obbligato. Così una Costituzione dell'imperatore Alessandro riferita nel c. 6, Cod. *h. t.*: « *Frustra opinaris exc. n. n. p. te esse munitum, quando, ut fateris, in ejus vicem qui erat obligatus, substitueris te debitorem* » (4).

Questo testo, pel quale noi non possiamo convenire nella qualifica attribuitagli da *Donello* di *ineptum et falsum*, ha per ragione d'impedire delle ingiustizie in pro del debitore e contro il creditore. Il caso, cui allude il testo, deve essere questo: Tizio contrae con Cajo un mutuo, che si constata in un documento di debito affermandone il pagamento contemporaneo o da venire. La numerazione del danaro viene effettivamente fatta da Cajo a Tizio. A Tizio nulla varrebbe avverso la domanda di restituzione mossagli da Cajo la *exc. n. n. p.*; perocchè la prova dell'avvenuta numerazione approderebbe ad un risultato sfavorevole per Tizio stesso, portando seco per conseguenza in suo odio la *condemnatio in duplum*. Tizio pensa allora di trasferire il suo debito a Sempronio. Questi nei rapporti con Cajo — prescindendo dall'obiezione generica che al debitore subentrato si trasferiscono le azioni soltanto spettanti al debitore primo — potrebbe dire,

---

(1) Arg. L. ult. D. *De pact.* (2, 14).

(2) C. 15, Cod. *h. t.* sopra rif. Cfr. HUSCHKE, *op. cit.*, § X, n. 6, che osserva come non solo la *res judicata* prevista da questo testo, ma neppure la rinuncia, la ricognizione del pagamento, o la decorrenza del termine fatta dal creditore, dal fideiussore, dal *mandator* ecc. poteva nuocere al *reus principalis*, e viceversa.

(3) L. 63, D. *De re judic.* (42, 1).

(4) Cfr. Const. di Diocleziano e Massimiano rif. nel c. 4, Cod. *De duobus reis stipul. et promitt.* (8, 40).

e direbbe la verità, che a lui Sempronio da Cajo non è stato numerato danaro di sorta, sottraendosi così coll'uso della *exc. n. n. p.* dalla restituzione del danaro effettivamente dovuto. *Inde* la costituzione menzionata tendente a reprimere il possibile abuso, che poteva verificarsi specialmente colla sostituzione al debitore principale di membri della sua famiglia, come della moglie al marito e simili (1). Anche in questo caso, che in fondo costituiva pel debitore subentrato una obbligazione poggiata su una *praecedens causa debiti* novata col cangiamento di persona, egli, quando convenuto, doveva riconoscere la obbligazione, o fare una rigorosissima controprova secondo i dettami del c. 13, *h. t.*

Con questa disposizione, come con le altre più importanti e già studiate dell'apposizione del termine utile di opponibilità e della *condemnatio in duplum*, si regolò l'istituto della *exc. n. n. p.*, impedendo che esso sorto a difesa dei debitori contro le frodi dei creditori, potesse divenire a sua volta istrumento di frode dei primi avverso i secondi (2). È quindi ingiusto l'appunto che il *Windscheid* (3) muove contro il nostro istituto ch'esso non meritasse approvazione dal

---

(1) Cfr. Baehr, *op. cit.*, § 62, tradotto alle note o-p da noi apposte all'Appendice.

(2) V. Donello, ad c. 5, Cod. *h. t.*, *loc. cit.*, col. 236; Richeri, *op. cit.*, §§ 2281-2282; Gneist, *d. form. Vertr.*, p. 110, nota 8 e gli autori ivi citati; Huschke, *op. cit.*, § X, n. 3 in f. p. 139-140.

(3) Windscheid, § 372, nota 15. V. contro questo appunto indirettamente Baehr, *op. cit.*, § 27, e direttamente Huschke, *op. cit.*, p. 146, nota 1. Osserva ivi questo scrittore che è inattendibile l'appunto fatto dal Windscheid contro il valore legislativo della *exc. n. n. p.*, sul riflesso che protegge il debitore contro una possibile ingiustizia del creditore, mentre espone questo ad una inversa ingiustizia eguale del debitore: un tale concetto, che parte dall'ipotesi di un possibile abuso, non tocca la sostanza dell'istituto. La protezione con questo accordata al debitore è una necessaria conseguenza della prova per chirografo richiesta dal commercio; la quale per sè stessa contiene una certa ingiustizia, o, per meglio dire, irregolarità indipendente dalla malvagità del creditore. Il cui correttivo però nella *exceptio*, che sposta l'onere della prova, deve contenere una deviazione dalle regole normali di prova, deviazione, che però sarebbe ingiusta senza la decadenza della *exceptio* dopo il tempo utile, la quale in modo anomalo conferma la forza probante della dichiarazione scritta. Chi potrebbe biasimare un medico, che curasse una malattia con un veleno specifico neutralizzando questo con altro veleno? Tale è il caso.

punto di vista legislativo pel fatto che se copriva il debitore contro una possibile ingiustizia del creditore, esponeva nello stesso tempo quest'ultimo al pericolo di una inversa iniquità, potendo avvenire che se da una parte un creditore senza coscienza non riesciva a costringere un debitore alla restituzione di un mutuo non ricevuto, potesse d'altro canto un debitore senza coscienza a sua volta non restituire un mutuo veramente ricevuto. Asserzione gratuita e che le garantie severe, di cui si è circuito l'uso della *exc. n. n. p.*, provano pienamente infondata!

51. L'*exc. n. n. p.* veniva inoltre interdetta in vari casi, che si trovano menzionati dai testi e dagli autori, e di cui è opportuno enunciare i più salienti. L'*exc. n. n. p.* si perdeva innanzi tutto da quel debitore, che avesse riconosciuta in qualche modo espresso o tacito (1) la fede delle *cautio conscripta.* Il c. 4, Cod. *h. t.* fa il caso del debitore, che *fidem cautionis agnoscens* avesse pagata una parte del debito, o sborsate le *usurae* od interessi. Costui non solo perdeva il diritto di querelarsi *de non num. pec.* e di ripetere, come *indebitum,* la porzione sborsata; ma, se convenuto dal creditore pel residuo, non poteva opporgli la *exc. n. n. p.* Contro questo disposto, ritenuto per ingiusto da qualche classico autore, si obiettò che, come a colui, che confessava fin dal principio nel chirografo d'avere ricevuto il danaro e di divenirne debitore, s'accordava tuttavia avverso la fatta confessione l'*exc. n. n. p.;* così la si doveva accordare a colui, che non faceva altro che confermare una seconda volta il già asserito. Rispondiamo col *Donello* che altro era il riconoscere un debito, ed altro il riconoscere la *fides cautionis suae.* Colui infatti, che da principio confessava d'aver ricevuto la *pecunia*, riconosceva bensì un debito, ma non riconosceva che fosse vera la sua confessione: non così colui, che, dopo avere *exposita* la sua cauzione, ne riconfermava la verità con una seconda e non richiesta confessione. E sebbene in

(1) Non v'era una forma stabilita per questo riconoscimento. Bastava ad es. che il debitore dicesse: « *En tibi, creditor, partem ejus summae, quam tibi debeo ex illa caussa mutui.* » Questa era del resto la forma più usitata. V. DONELLO ad *h. c. loc. cit.*, col. 221-226; GNEIST, *d. form. Vertr.*, p. 52 e segg.; SINTENIS, *op. cit.*, II, § 96, nota 42; WINDSCHEID, *Pand.*, § 372 testo e nota 11. V. per la prassi tedesca *Arch.* del SEUFFERT, VI, 26 e X, 252.

questa seconda confessione nulla di più si contenesse, che il riconoscimento del debito già fatto nella prima, tuttavia ben più forte era il valore di quella, che non il valore di questa. La costanza e la perseveranza del debitore nel confermare la prima confessione ne dimostrava la incontestabile verità (1). Inoltre mentre rispetto alla prima confessione ricorrevano quegli estremi di urgente necessità e di allettamento ai raggiri ed alle frodi, che costituivano appunto la ragione dell'*exc. n. n. p.*, non era così per la seconda confessione, chè non v'era alcun obbligo pel debitore di confermare una falsità, se falsa era l'affermazione di debito costituente la prima confessione. Non ricorrendo dunque nella seconda confessione nè gli estremi, nè la ragione fondamentale della *exc. n. n. p.*, era logico e razionale che rispetto ad essa questo *beneficium* in pro del debitore più non trovasse applicazione. Si oppose ancora l'esempio tratto dai precedenti cc. 1 e 3, Cod. *h. t.*, in cui l'avere il debitore posteriormente all'esposizione della *cautio* dato un pegno od un'ipoteca in garentia al creditore non costituiva una conferma della sua obbligazione tale da orbarlo del beneficio dell'*exc. n. n. p.*: neppure il pagamento parziale doveva dunque produrre siffatto effetto. Il confronto non regge, dacchè il pegno poteva darsi benissimo a causa di una futura obbligazione, sì da obbligare accessoriamente il pegno, allorchè si contraesse l'obbligazione principale. Non così era del pagamento; chè non si pagava mai se non quanto era prima dovuto (2). La *datio pignoris* non era, in altri termini, argomento atto a dimostrare che la *pecunia* era stata numerata, e l'obbligazione di mutuo contratta; dacchè, lo ripetiamo, poteva intervenire *ob futuram obligationem*. Ma il pagamento non potendo intervenire, se non per una *res debita*, era ovvio che la *res* fosse *debita* prima che *soluta* (3). Una eguale risposta soddisfa all'argomento tratto dall'analogia di conseguenze date alla *datio pignoris* ed alla parziale *solutio*, rispetto ai debiti contratti dai figli di famiglia (4).

---

(1) Arg. c. 22, Cod. ad *S. C. Vellejanum* (16, 1).

(2) Arg. princ. Inst. *Quib. mod. toll. oblig.* (3, 30).

(3) V. Donello ad c. 4, Cod. *h. t. loc. cit.*, col. 221-224.

(4) L. 7, § ult. D. ad *S. C. Macedon.* (14, 6) comb. con la L. 9 princ. *eod.*

L'*agnitio* poteva avvenire o dinanzi a testimoni, o con una novella *cautio* (1), od in qualsiasi altro modo che valesse a cerziorare la conferma della confessione contenuta nella *cautio* primieramente *conscripta*.

Notiamo infine che s'è fatta questione se ad escludere la *exc. n. n. p.* occorresse il concorso dei due elementi, e del riconoscimento della genuinità del chirografo e del pagamento d'una parte della *pecunia cauta* o degli interessi, o se fosse sufficiente l'avverarsi d'uno solo di tali elementi, con mancanza dell'altro. Potevano darsi all'uopo due casi. Interveniva il pagamento parziale o delle usure, senza il riconoscimento della *fides cautionis;* suppongasi, per es., che si trattasse dell'erede del debitore, che pagasse credendo il suo autore obbligato, mentre in fondo non lo era, perchè la numerazione della *pecunia cauta* non era seguita alla promessa fattane dal creditore; perdeva codesto erede debitore l'*exc. n. n. p.* pel fatto pagamento? Noi col *Donello,* cui aderisce fra i molti anche *Gneist* (2), riteniamo che no, perocchè è nullo qualsiasi riconoscimento fatto da chi erra. *Quid* nel caso inverso, quando il debitore senza aver sborsato un nummo avesse solo riconosciuta la *fides cautionis?* Suppongasi che un debitore convenuto *ex cautione sua* in presenza di testimoni, lettagli la *cautio* stessa, avesse detto che egli riconosceva quella essere la *cautio* da lui *conscripta* e constatante un debito, ch'egli aveva in realtà verso il creditore per *pecunia* mutuatagli e numeratagli in fatto dal creditore stesso, conforme la ivi espressane confessione; che però egli trovandosi a corto di danaro chiedeva al creditore una mora per la restituzione, che il creditore gli consentiva. Poteva il debitore convenuto dipoi valersi della *exc. n. n. p.* avverso il creditore? *Donello* ritiene che no, e ragiona così: se quando il debitore pagava una parte del debito e riconosceva insieme la *fides cautionis,* questo riconoscimento risguardava tutto il debito e non la sola parte pagata (e su ciò il testo in esame non lascia dubbio), sicchè per la parte non pagata valeva e reggeva al fine di escludere la *exc. n. n. p.* il solo riconoscimento

(1) Arg. c. 14, § 1, Cod. *h. t.* V. DONELLO ad *h. c. loc. cit.,* col. 291-292.

(2) DONELLO, *loc. cit.,* col. 225; GNEIST, *d. form. Vertr.* p. 52 e segg.

della *fides cautionis,* non v' ha ragione che questo riconoscimento non avesse a valere per lo stesso effetto, anche quando non fosse occorsa la circostanza non sostanziale del parziale pagamento. Nè a questa interpretazione ostano le parole del testo: « *si fidem cautionis agnoscens* ETIAM SOLUTIONEM *portionis debiti vel usurarum feceris...* »; perocchè la frase *etiam solutionem* è aggiunta, non a mo' di decisione tassativa, ma a maggiore chiarimento. Laonde il senso del testo è pel *Donello* che se il debitore aveva riconosciuto la *fides cautionis,* senza accompagnarla con pagamento di sorta, non poteva deferire la *querela n. n. p.*, od opporre la corrispondente *exceptio;* che se poi aveva aggiunto al suo riconoscimento il pagamento parziale o delle usure tanto meno poteva giovarsi di siffatti mezzi.

Non è di questo parere l'*Huschke* (1), che opina che ad escludere l'*exc. n. n. p.* non bastasse l'uno dei due menzionati elementi, ma occorresse il concorso di ambedue. Egli osserva che anche ammettendo l'indipendenza del rescritto di Caracalla, costituente il testo controverso, dalla redazione della supplica, l'imperatore avrebbe dovuto lasciare fuori l'*etiam*, o dire viceversa: « *cum... solutionem... faciendo... fidem cautionis agnoveris...* »; l'avere usata invece la forma inversa, coll'aggiunta di quel non equivoco *etiam,* è per l'*Huschke* circostanza decisiva in sostegno della sua opinione. Alla quale soccorre, secondo lui, anche il c. 2, Cod. *De his quae vi* (2, 20) ed il riflesso che la *fides cautionis* presa nel suo senso normale (Cfr. L. 2, di Paolo D. *De fide instr.* 22, 4) si riferiva alla genuinità del documento, non alla verità dell'affermato pagamento, la quale si esprimeva invece con *fides veritatis* o *debiti* (Cfr. c. 1, Cod. *h. t.*, e c. 6, Cod. *De compens.* 4, 21): in tal senso noi troviamo l'espressione in questa stessa materia due volte nella L. un. Cod. Theod. *si cert. pet.* (2, 27) e cioè nel § 2: « *Ad illuminandam hæreditarii debiti fidem* » qui in opposizione ad un debito basato su falso documento; e nel § 3 relativamente alla genuinità rimasta senza impugnazione: « *si chirographi fides sub silentio judiciariae conventionis statutum tempus excesserit...* », a cui dopo nel § 4 si oppone, come controversia a parte,

(1) HUSCHKE, *op. cit.*, § X, n. 4, p. 141-142.

la questione della verità del pagamento. Aggiunge inoltre l'*Huschke* che il semplice riconoscimento non sostituiva in generale il fondamento del debito, il qual fondamento in un mutuo reale stipulato, veniva concepito per le questioni materiali, come doppio, *re et verbis conjunctim* (1). Lo stesso dovrebbe, secondo l'*Huschke*, dirsi di una confessione ripetuta riguardo al ricevimento *(secundae confessiones)* (c. 3, Cod. *de plus pet.* 3, 10); anche questa confessione apparteneva al campo meramente verbale, che non poteva dare fondamento a nessun diritto materiale. Onde il riconoscimento in genere della *fides cautionis* preso da solo non era tale da escludere l'*exc. n. n. p.*, ma serviva al più a facilitare, e talora a rendere piena la prova, che incombeva al creditore avverso l'opponibile ed oppostagli eccezione del debitore. Ben altrimenti doveva dirsi, allorchè il debitore sulla *cautio* riconosciuta pagava parte del capitale o gl'interessi; con ciò egli veniva a colpire ed a sopprimere il fondamento reale della nullità inflitta temporaneamente, mediante la opponibile *exc. n. n. p.*, al documento scritto dall'equità pretoria; fondamento, che consisteva nell'incertezza della numerazione constatata nel documento stesso. Il pagamento parziale o degli interessi, a meno di ammettere una pazza ed inconsulta tendenza nel debitore di far getto del suo, eliminava la detta incertezza di numerazione, sostituendole un'impronta di incontestabile verità antitetica coi fini e collo spirito della *exc. n. n. p.*, la quale soltanto in questo caso s'aveva a ritenere come per tal guisa rinunciata dal debitore e non più opponibile.

Queste ragioni dell'*Huschke*, a favore di una stretta interpretazione del c. 4, Cod. *h. t.*, non persuadono e la teoria, che afferma la mancanza dell'*exc. n. n. p.* per ogni specie di posteriore riconoscimento della *cautio*, concorra o no il pagamento parziale o delle usure, ha il suffragio della grande maggioranza degli scrittori (2).

---

(1) Cfr. L. 52, § 3, D. *De obligat. et act.* (44, 7); L. 9, § 3, D. *De reb. cred.* (12, 1).

(2) Cfr. Glück, *Pand.*, XII, p. 151; Unterholzner nell'*Arch. f. civ. Prax.*, VII, p. 45; Gneist, *loc. cit.*; Windscheid, *Pand.*, § 372, nota 11; Sintenis, *Pand.*, II, § 96, nota 42; Schlesinger, *op. cit.*, p. 306-313.

52. L'*exc. n. n. p.* era inoltre interdetta a quel debitore, che avesse negata frodolentemente la sua obbligazione contenuta in un atto *publice confectum*, contestando la genuinità della sua firma nella obbligazione stessa; sicchè, quando codesta veniva provata sua con scritture di comparazione od anche con testi oculari, egli doveva essere condannato, anche se nulla avesse ricevuto: «... *si vero aut tabellio productus fuerit, apud quem instrumentum scriptum est, aut alii quidem testes pro veritate deponentes, tunc ipse, praeter poenam vigintiquatuor aureorum (solidos), non possit habere licentiam objiciendae exceptionem pec. non num., ut dicat, quamvis instrumentum factum fuerit, ea tamen, quae in eo scripta sunt, non fuisse data: sed omnimodo condemnetur, etiamsi nihil ipsi revera solutum est*». Così una Costituzione dell'imperatore Costantino (1); alla quale fa rinforzo la Novella 18, cap. 8, che senza neppure richiedere la pubblicità dell'atto e le altre modalità di prova, di cui sopra, aggiunge alla perdita della *exc. n. n. p.* la *condemnatio in duplum* del debitore (2). Altro caso in cui la nostra *exceptio* era interdetta si aveva quando la *pecunia* fosse stata obbligata nella *cautio transactionis causa: « Si transactionis causa dare Palladio pecuniam stipulanti spopondisti, exceptione non num. pec. defendi non potes »* (3).

53. L'*exc. n. n. p.* infine era interdetta a quel debitore, che vi avesse rinunciato; e ciò pel noto canone « *omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, vel sui juris persecutioni renuntiare* » (4).

Però la maggior parte degli scrittori (5) concorda nel ritenere che siffatta rinuncia dovesse essere posteriore alla sottoscrizione della

---

(1) C. 16 princ. Cod. *De fide instrum.* (4, 21).

(2) Cfr. HUSCHKE, *op. cit.*, § X, n. 5, p. 142.

(3) C. 11, Cod. *h. t.*

(4) L. 46, D. *De pactis* (2, 14); c. 29, Cod. *De pactis* (2, 3).

(5) Citiamo fra gli altri DONELLO ad c. 3, Cod. *h. t.*, *loc. cit.*, col. 219; DOVERI, *op. cit.*, II, p. 143; SCHUPFER, *op. cit.*, p. 324; ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, § 281. Il RICHERI, *op.* e *loc. cit.*, § 2288 ritiene del pari che la rinuncia posteriore, o, com'egli la chiama, fatta *ex intervallo*, dovesse valere « *quia tum absit periculum fraudis* ». V. anche HUSCHKE, *op. cit.*, § X, n. 5.

cautio contenente l'obbligazione, e separata dalla *cautio* stessa; dacchè solo in questo caso si riscontrava quella specie di riconoscimento della fatta confessione, che valeva, come nei casi precedentemente menzionati, a tôrre di mezzo la *exc. n. n. p.* Ma quando la rinuncia, anzichè posteriore, era scritta nel documento stesso contenente l'obbligazione, v' ha fra gli autori discrepanza d'opinioni. Il *Puchta* (1) sostiene che la rinuncia aveva in questo caso il suo pieno valore, tal quale come la posteriore. Però osserva il *Seuffert* (2) che siffatte clausole di rinuncia, ammettendone la validità, sarebbero divenute facilmente formole d'uso ed agevoli scappatoie dei *fœneratores* di malafede, sicchè era assai più giusto non conceder loro alcun peso nè valore. In queste stesse considerazioni insiste il *Carle* sul riflesso che « *pecunia indigens tam facile inducitur ad hanc exceptionem renuntiandam, quam ad cautionem scribendam* » (3).

Noi riteniamo che questa seconda teoria, che ha per sè il classico appoggio di *Bartolo* e di *Donello*, e quello recente dell'*Huschke* (4), sia assai più giusta che non quella professata dal *Puchta*. E di vero l'ammettere la validità della rinuncia contenuta nella stessa *cautio* sarebbe stato un richiamare di nuovo quell'occasione di frodi e di raggiri, cui aveva riparato l'*exc. n. n. p.*; giacchè era ovvio che chi, trovandosi in strettezze, s'induceva a dichiarare a sè numerato quel danaro, che in fatto non gli era stato punto sborsato, sottoscrivesse qualsiasi clausola di rinuncia, pur di strappare al creditore la promessa di una prossima numerazione. E più che un'occasione, l'ammettere la validità di una rinuncia di questa fatta sarebbe stato un

---

(1) PUCHTA, *Pand.*, § 305, nota n., e *Vorlesungen*, II, p. 151.

(2) SEUFFERT, *Pand.*, § 311, nota 12. V. anche per la prassi tedesca le sentenze riferite nell'*Arch.* del SEUFFERT, V, 276; VI, 26; X, 38; XII, 262.

(3) CARLE, *op. cit.*, p. 104. V. anche RICHERI, *op.* e *loc. cit.*, § 2287.

(4) L'HUSCHKE, *op. cit.*, § X, n. 5, p. 142, aderisce a questa opinione ritenendo che la rinuncia contenuta nel documento scritto fosse nulla, come rinuncia della *exc. n. n. p.*. e valesse solo come una platonica e semplice conferma della confessione del ricevimento; egli opina che al creditore s'avesse però a concedere in questo caso la dimostrazione, che s'era inteso di fare una donazione sotto la forma di un mutuo stipulato.

incentivo alle frodi ed ai raggiri; giacchè il vedersi perfettamente tutelato di fronte al debitore irremissibilmente a sè legato, senza avere sborsato un nummo di contante, era pel creditore tale allettamento di frode, cui ben pochi avrebbero resistito. Nè vale l'obiettare che gli stessi pericoli esistessero pel caso della rinuncia posteriore; ciò non è, perocchè in questo secondo caso il debitore non si trovava più coll'acqua alla gola, com'era all'atto della sottoscrizione della *cautio*, ed una delusione, quella di non aver ricevuto il denaro promessogli, doveva avergli giovato d'ammaestramento per farlo rinsavire; che se egli, nonostante ciò, s'ingolfava in una rinuncia posteriore della *exc. n. n. p.*, da valere alla pari d'una riconferma del contenuto della *cautio*, si appalesava talmente incauto da essere indegno d'ogni aiuto della legge. La legge accordava al debitore l'arma di difesa della *exc. n. n. p.*, nè permetteva, secondo noi, che di quest'arma il debitore si spogliasse all'atto del contrarre l'obbligazione sotto la coazione d'un malvagio creditore; più in là la legge non poteva spingersi; imputasse il debitore a sua colpa il getto fatto posteriormente dell'arma stessa con una inopportuna e presumibilmente non coatta rinuncia.

54. Parecchi autori vogliono eccettuato il caso, in cui la rinunzia fosse stata rafforzata da giuramento, nel qual caso pretendono che dovesse essere valida ed efficace; tali sono il *Carpzovio*, il *Mencken*, l'*Unterholzner*, il *Sintenis*, l'*Holzschuher* (1). Sono però d'opinione contraria lo *Strykio*, lo *Struvio*, il *Puffendorfio*, il *Cocceio*, lo *Schilter*, il *Ludovici*, il *Boehmer*, il *Walch*, ed il *Madihn* (2). Altri poi fanno distinzione fra giuramento assertorio e giuramento promissorio,

---

(1) CARPZOVIO, *Iurispr. forens.*, I, Const. 32, def. 65, n. 8; MENCKEN, *De action.*, II, 2, m. 12, § 15, n. 5; UNTERHOLZNER nell'*Arch. f. civ. Prax.*, VII, 48; SINTENIS, *op. cit.*, II, § 96, nota 44; HOLZSCHUHER, *Pand.*, II, 2, 448.

(2) STRYKIO, *De cautel. contr.*, II, 2. § 11; STRUVIO, *Decis. Sabath.*, XIII. dec. 15; PUFFENDORFIO, *Obserbv. jur. univ.*, I, obs. 64, § 6; COCCEIO, *Ius. controv.*, XII, 1, quaest. 30; SCHILTER, *Prax. Jur. Rom.*, ex. 22, § 32; LUDOVICI, *Doctr. Pand.*, *tit. de reb. cred.* § 21; BOEHMER, *Dig.*, *h. t.*, § 26; WALCH, *Introd. in controv. jur.*, III, 4, membr. 3, § 4; MAD'IHN, *Ad Menken doctr. de act.*, p. 297, nota 918.

ritenendo valida la rinuncia fatta con giuramento assertorio ed inefficace quella fatta con giuramento promissorio. Tali sono il ***Brunnemann***, il ***Lauterbach***, ed il *Glück* (1).

55. Infine l'*exc. non num. pec.* non potevasi usare contro gli argentari e ciò per il favore particolare e la fede che avevano i loro libri; e perchè non potevasi mettere a carico loro la prova della non numerata *pecunia*, come s'usava per qualsiasi altro debitore, in quanto i loro libri facevano sempre fede e non avevano d'uopo di prove estrinseche (2). Questa disposizione fu emessa da Giustiniano facendo ragione ai gravami avanzati dagli argentarii contro le regole prima vigenti (3). Accadeva infatti che gli argentarii presentassero i loro conti, in cui erano notati i pagamenti fatti ad un corrispondente o per un corrispondente coll'indicazione del fondamento di ciascun pagamento; ciò per farli sottoscrivere dai debitori o semplicemente, o premettendo la dichiarazione di contratto in forma di un documento di mutuo, di transazione o simili. Il debitore sottoscrittore, venuto l'atto della chiesta restituzione, richiedeva all'argentario attore la dimostrazione delle singole partite, opponendo l'*exc. n. n. p.;* donde i lagni degli argentarii, che l' imperatore Giustiniano accolse. Però egli concesse ai debitori dentro il termine dell'*exc. n. n. p.*; una delazione di giuramento, che del resto egli stesso appella superflua o concessa in via di abbondanza, attesa la fede degli argentarii: (4) *«... nisi forte ex abundanti (debitor) velit vel ipsi, vel creditoris hæredibus jusjurandum deferre. Hoc enim solum ei concedimus: intra tamen ea tempora, quae exceptioni non solutae pecuniae attributa sunt. Nam si id quoque tempus praeterire contigerit, neque jurejurando ipsos gravamus...* (Nov. 736, cap. VI). »

---

(1) Brunnemann ad c. fin. Cod. *h. t.*, nn. 3 e 4; Lauterbach, *Coll. th. pr. Pand.*, § 69; Glück, *Pand.*, XII, 157.

(2) Nov. 136, cap. V-VI.

(3) Arg. L. 12, D. *De lib. leg.* (34, 3) cfr. con L. 61 pr. D. *De oblig. et act.* (44, 7); L. 40 § 10, D. *De fideicomm. lib.* (40, 5); L. 40, § 3, D. *De statulib.* (40, 7); L. 82, D. *De cond. et dem.* (35, 1); L. 9 § 2, L. 10 § 1, D. *De edendo* (2, 13); L. 1 § 9, L. 2, D. *De off. Praef. urbi* (1, 12).

(4) Cfr. Huschke, *op. cit.*, § IX, p. 118 e § X, n. 4. V. Doveri, *op. cit.*, II, p. 143; Schupfer, *op. cit.*, p. 325; Buonamici, *Monograf. cit.*, § XXXV; Taudière, *Des Argentarii en Dr. Rom.*

56. Esaminati per sommi capi i principii, che governavano l'*exc. n. n. p.*, occorre domandarci se, oltrechè al mutuo, il nostro istituto fosse applicabile ad altri contratti ed in ispecie a quelli, nei quali il fatto del ricevimento fosse importante pel diritto del creditore ed il documento ne contenesse un'attestazione. Soltanto pel deposito v' ha la certezza della negativa (1). Ma relativamente agli altri casi le opinioni sono discordi e dissenzienti. V' hanno scrittori, che ritengono fosse in genere l'*exc. n. n. p.* applicabile senza veruna distinzione (2); altri ne vogliono limitata l'applicazione ai soli contratti reali (3); i più infine ne rigettano ogni applicazione (4), e crediamo sia questa l'opi-

---

(1) C. 14, § 1, Cod. *h. t.* Questo stesso §, oltre al caso del deposito, denega formalmente l' *exc. n. n. p.* tanto agli esattori *publicarum functionum*, come ad es. dei publici tributi o delle gabelle, quanto al caso del marito, che con un atto posteriore alla confezione degli istrumenti dotali abbia dichiarato di avere effettivamente ricevuta la dote. La legge considera questi tre casi (pur valendo, come dimostreremo fra poco, il principio generale dell' inapplicabilità dell'*exc. n. n. p.* ad ogni contratto che non fosse di mutuo) perchè sono tre casi tipici, in cui meglio che in ogni altro si rivela la ragionevolezza del doversi tenere il debitore legato inevitabilmente alla confessione fatta nel documento scritto; dacchè come scrive il DONELLO: « *verisimile non est illum (debitorem) falsa confessione se onerare velle, ubi ex ea nil commodi consequatur* ». V. DONELLO, *loc. cit.*, col. 287-290.

(2) UNTERHOLZNER nell'*Arch. f. civ. Prax.*, VII, 19; KOCH, *Oblig.*, III, § 254 (2ª ediz. p. 326); LAUTERBACH, *Coll. th. pr. h. t.*, § 63; THIBAUT, *System.* III, § 1180; HANSEN nell'*Arch. f. civ. Prax.*, IV, n. 19; p. 45; SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 257-258; WINDSCHEID, *Pand.*, § 372 testo e nota 13. Questi scrittori si fondano precipuamente sulla frase generica « *in contractibus* », con cui comincia il c. 14, Cod. *h. t.*, frase che è aliena da qualsiasi restrizione al contratto di mutuo.

(3) CUIACIO, *Recitat. in Cod.* IV, 30 (MATIN. IX, 300; FABROT. IX, 342); COCCEJO, *Ius controv.* XII, 1, qu. 23. Questi si fondano precipuamente sul seguito dato da Giustiniano alla frase testè citata: « *in contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res* NUMERATAE *vel* DATAE *esse conscribuntur...* » in cui s'afferma il concetto reale della *datio* o della *numeratio*.

(4) V. fra gli altri DONELLO ad c. 13, Cod. *h. t.*, *loc. cit.* col. 277-278 e ad c. 14 princ. *h. t.*, col. 283-284; MAIER. *De vera exc. non num. pec. indole*, § 17; GLÜCK, *Pand.*, XII, §§ 786-788; GNEIST, *d. form. Vertr.*, p. 31 e 294; SEUFFERT, *Pand.*, § 311, nota 8; ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, § 281; HOLZSCHUHER, *Pand.*, II, 2, 448;

nione preferibile. E di vero quel pericolo di frodi e di raggiri, che costituiva il fondamento e la ragion d'essere dell'*exc. n. n. p.* e che ne fu appunto l'esclusivo motivo di introduzione, si riscontrava soltanto nel mutuo, non negli altri contratti. In questi infatti niuna utilità presente o futura si faceva balenare innanzi agli occhi del debitore, onde ingaggiarlo a dichiararsi debitore di quanto in fatto non doveva, perocchè negli altri contratti il debitore non riceveva la *pecunia*, sibbene la dava; e si confessava debitore *ex aliqua causa* per dovere, non per ricevere. Non era invero presumibile che potesse esservi un individuo così malaccorto da confessarsi debitore e garantire con uno scritto il creditore, senza poi ritrarre in compenso da una convenzione di tal fatta vantaggio di sorta. Nel mutuo invece la cosa era ben diversa; qui v'era una speranza ed un desiderio di vantaggio futuro, che era tale da indurre il debitore a correre un rischio ed un pericolo; giacchè nel mutuo, al contrario degli altri contratti, il debitore garentiva il creditore col documento scritto non al solo scopo di restituirgli il danaro, chè ciò interessava il creditore soltanto, ma benanco al fine di ricevere il danaro stesso, ed era appunto al miraggio allettatore della *numeranda pecunia* che il debitore, stretto nella maggior parte dei casi dalla più urgente necessità, si sobbarcava a qualunque cauzione, di cui il creditore l'avesse richiesto. Dacchè dunque era nel solo contratto di mutuo che si parava innanzi al debitore quella fitta rete di raggiri e di illeciti adescamenti, che l'*exc. n. n. p.* era indirizzata a colpire, era logico e razionale che quest'istituto fosse applicato a quel solo contratto, e non si estendesse agli altri. Nè l'addurre, come fanno i sostenitori delle due preaccennate opinioni avversarie, una frase od un brano del c. 14, Cod. *h. t.*, ha valore d'argomento, giacchè, oltrechè nel prosieguo di quel testo si esprime l'intenzione del legislatore di voler sostituire il minor termine del biennio all'antico del quinquennio, e di questo termine o tempo utile quinquennale sempre dalle leggi anteriori si era parlato ai riflessi della

---

SCHUPFER, *op. cit.*, p. 325. V. anche il più recente HUSCHKE, *op. cit.*, § IX, p. 112 e segg. e § X, nn. 1-2. Il BAEHR ha su questo punto una teoria poco determinata, che svolge nei nn. XI-XII dell'Appendice da noi innanzi tradotta, ed a cui facciamo rimando.

exc. n. n. p. esclusivamente in tema di mutuo, sta che, tenendo mente al noto principio «*posteriores leges ad priores pertinent*» (1), basta porre codesto c. 14 in relazione con quelli, che lo precedono nello stesso titolo del Codice, e precipuamente coi cc. 5 e 7, per convincersi che vi si parla sempre di mutuo e mai d'altro contratto.

57. Anche fra coloro, che vogliono la *exc. n. n. p.* applicata al solo mutuo, si dibatte una subordinata controversia, se al solo prestito di argento o di danaro, ovvero anche al mutuo delle altre *res* che di mutuo possono formare oggetto, fosse da riferirsi la *exc. n. n. p.;* se cioè la parola *pecunia* avesse ai riflessi della *exc. n. n. p.* un significato stretto o più ampio. Il dubbio è sorto dal nome stesso della *exceptio*, che parlando di *pecunia numerata* sembrerebbe portare al concetto restrittivo del danaro, chè il solo danaro si numera, mentre le *res* si danno. Il dubbio è ribadito anche da qualche testo anteriore dello stesso titolo, e precipuamente dal c. 5, ove per dar luogo all'*exc. n. n. p.* si esige che si tratti di mutuo che il debitore confessi di avere ricevuto, e che oggetto del mutuo sia la *pecunia credita*. Ma a parer nostro ogni possibile dubbio in proposito è tolto dal princ. del c. 14, Cod. *h. t.*, dove Giustiniano esplicitamente prescrive: «*in contractibus, in quibus pecunia vel* ALIAE RES *numeratae vel* DATAE *esse conscribuntur... non num. pec. exceptionem objicere possit qui accepisse pecunias vel* ALIAS RES *scriptus sit...*»; questa frase *aliae res* si mantiene poi nelle disposizioni, che nei vari paragrafi del c. 14, Giustiniano dà in tema di *exc. n. n. p.* Dato un disposto legislativo così esplicito, a noi, per quanto tendenti a circoscrivere nei limiti più strettamente possibili il campo dell'*exc. n. n. p.*, non pare possa sostenersi che al solo denaro fosse da attribuirsi l'opponibilità della *exceptio*, sibbene a tutte le cose fungibili che, come ad esempio, vino, olio, grano ecc., potevano formare oggetto di mutuo, sempre quando, s'intende, di mutuo, e non d'altro contratto formassero oggetto in fatto (2).

---

(1) L. 28, D. *De legibus* (1, 3).

(2) Arg. L. 2, § 1, *De reb. cred.* (12, 1): «*Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt: quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie...*»

Nè vale l'argomento del nome, che si appalesa di per sè poco serio; sta che la parola *pecunia* in tema di mutuo s'usava a significare non il solo danaro, ma anche le *aliae res* fungibili che erano oggetto di mutuo; chè se sul *numeratae* volesse farsi acuto lo scrupolo dell'interprete può dirsi che tutt'al più nel caso delle *aliae res* l'*exceptio* poteva modificare il suo nome, restando *exc. n. n. p.* pel danaro, e chiamandosi *exc. pecuniae* o *rei non datae* per le *aliae res.* Quanto all'argomento tratto dai testi anteriori dello stesso titolo sta che, dato anche che quelli non parlassero esplicitamente di *pecunia* in senso largo e comprensivo, lo che è molto discutibile, il posteriore disposto di Giustiniano si avrebbe a ritenere come interpretativo dei disposti antecedenti; perocchè al principio di Tertulliano: « *ideo quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt* (L. 27, D. *De leg.* 1, 3) » fa riscontro e si contrappone l'altro di *Paolo,* che a quello fa seguito: « *sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint; idque multis argumentis probatur* (L. 28, *ibid.*) »; principio, il cui senso è che quanto nelle leggi posteriori è statuito intorno ad una certa materia, debba intendersi, a meno di espressa opposizione, essere insito anche nelle leggi anteriori, quasi che le leggi posteriori siano delle anteriori interpretative od integranti (1).

58. A titolo di complemento del nostro esame sulle norme riflettenti l'*exc. n. n. p.* cade opportuno accennare che un'eccezione ad essa analoga aveva luogo in materia di dote e che i principii, che servivano di base al chirografo di mutuo, venivano anche applicati alla dote promessa ma non numerata, nel caso che il coniuge ne avesse in un documento qualunque confessato il ricevimento (2). Egli cioè,

---

(1) WINDSCHEID, *Pand.*, § 372 testo e nota 13; SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 258; WITTE, *op. cit.*, p. 212; HUSCHKE, *op. cit.*, § IX, p. 128 e segg. e § X, n. 1. Cons. FICK, *Recens. cit.*, p. 491, che pretende possa trarsi un argomento favorevole alla nostra tesi su questo punto dal c. 13 combinato col c. 14 princ. Cod. *h. t.*

(2) Occorreva però che questo documento fosse anteriore alla confezione degli istrumenti dotali, o che la confessione del ricevimento si contenesse negli stessi istrumenti dotali; chè se era posteriore alla confezione di questi, la confessione

od il suo erede in di lui vece, poteva ripetere il chirografo contenente quella confessione con una *querela dotis non numeratae*, ovvero respingere, se convenuto, l'azione di chi per legge aveva diritto di chiedere la restituzione della dote coll'*exceptio dotis cautae sed non numeratae.* Anche questi mezzi, alla pari della *exceptio* e della *querela n. n. p.*, non potevano esperirsi che dentro un termine perentorio, ch'era diverso secondo la maggiore o minore età del coniuge e la durata del matrimonio. Il marito aveva diritto di valersi di quell'*exceptio* e di quella *querela* durante un anno, se il matrimonio era durato meno di due anni, e durante tre mesi se il matrimonio era durato più di due, ma meno di dieci anni. Decorsi questi termini, come pure se il matrimonio era durato oltre dieci anni, il marito ed il suo erede decadevano da siffatto diritto, ed erano obbligati senz'altro in forza del chirografo a restituire la dote, sebbene questa non fosse stata effettivamente numerata (1).

---

del coniuge non poteva da esso venire contestata o contraddetta (arg. c. 14, § 1, Cod. *h. t.*). La ragione di questa restrizione sta in ciò che alla confessione di ricevimento fatta dal marito prima od entro gli strumenti dotali, potevano accordarsi due attenuanti consistenti l'una nella speranza di ricevere e d'aver numerata al più presto la dote, l'altra nel desiderio di contrarre il matrimonio, ch'egli vedeva non potersi contrarre, se non a condizione di *conficere* gl'*instrumenta* e di confessare d'aver ricevuta la *pecunia dotis.* Tali attenuanti più non potevano accordarsi al marito per la confessione fatta dopo la confezione degli istrumenti dotali, e dopo la celebrazione delle nozze, dacchè più non ne ricorrevano le due ragioni di base ora accennate. Onde se egli già aveva negli istrumenti dotali confessato d'aver ricevuto la dote, doveva a questa seconda *cautio* tenersi inevitabilmente obbligato e senza mezzo alcuno di difesa (arg. L. 3, Cod. *De postul.* 2, 6). Per analogia DONELLO induce il principio già da noi in altro punto accennato che cioè il debitore, che dopo la prima *cautio* ne avesse emessa una seconda, in cui si fosse confessato novellamente debitore della stessa *pecunia* menzionata nella prima, dovesse perdere il benefizio dell'*exc. n. n. p.;* dacchè se tal benefizio lo perdeva quando non si querelava o non eccepiva *de n. n. p.* entro il tempo utile, lo perdeva cioè quando coll'inazione confermava tacitamente la verità della fatta confessione, *a fortiori* doveva perderlo allorquando non tacitamente, ma espressamente emetteva siffatta conferma. V. DONELLO ad *h. c. loc. cit.*, col. 291-292.

(1) Ha una certa analogia con questo disposto del Diritto Romano l'art. 1414 del nostro Codice Civile.

Chi avesse contratto matrimonio durante la minore età aveva dodici anni di tempo per esercitare il diritto in discorso; e se moriva prima dello spirare dei medesimi il suo erede, se maggiore di età, aveva un anno di tempo, e cinque anni se minore.

Cotali termini cominciavano a decorrere dal giorno dello scioglimento del matrimonio (1).

59. Per non essere tacciati di incoerenza notiamo che l'ammettere che alla dote, benchè con un'eccezione distinta, fossero stati estesi, per via d'analogia, i principii inspiratori dell'*exc. n. n. p.* non costituisce una deroga, nè intacca affatto la teoria da noi caldeggiata circa la inaccessibilità generica d'ogni contratto, che non sia il mutuo, al beneficio della *exc. n. n. p.* Ed infatti, oltrechè si tratterebbe non della stessa eccezione, ma di eccezione diversa e distinta, per quanto analoga, sta che la nostra teoria valeva perfettamente e senza restrizione veruna rispetto al debitore, non, come vedremo or ora, rispetto al creditore; dacchè questo per qualsiasi causa fosse creditore poteva valersi della *exc. n. n. p.* contro quel debitore, di cui avesse confessato in documento scritto essergli stata pagata la *pecunia* dovuta. Ora il marito nel caso in esame, e cioè rispetto alla confessione di dote ricevuta, era a ritenersi piuttosto creditore che non debitore, giacchè la dote era a lui dovuta fin dal momento, che gli era stata promessa; sicchè quando gli si numerava era piuttosto un pagamento di danaro dovuto, che non una *datio pecuniae*, che a lui veniva fatto. E che il marito fosse piuttosto creditore, che non debitore, è provato dal fatto che non gli si attribuiva già un termine utile uguale a quello concesso al debitore per l'*exc. n. n. p.*, ma bensì un termine assai minore variante a seconda dei casi, ma pur sempre minore: e ciò a somiglianza del caso del creditore or dichiarato, a cui s'accordava per l'esercizio dell'*exc. n. n. p.* il breve spazio utile di trenta giorni. Ed un altro argomento che il marito non aveva a considerarsi nella specie qual debitore si ha nel fatto, che quando diveniva tale veramente mediante una *nova cautio* fatta dopo la confezione degli istrumenti dotali, la *exc n. n. p.*

---

(1) Tit. Cod. *De dote cauta non num.* (5, 15); e nov. 100. V. DOVERI, *op. cit.*, II, § 329; SCHUPFER, *op. cit.*, p. 325.

gli era interdetta. Il caso dunque della dote non sposta d'un atomo la nostra teoria, la quale rimane ferma ed ineccezionata nell'attribuzione delle *exc. n. n. p.* al solo debitore per causa di mutuo.

Concludiamo che l'*exc. n. n. p.* presa nel suo vero e proprio senso di eccezione, e cioè ai riflessi del *reus debendi*, era limitata ai chirografi aventi per obietto un mutuo.

60. Occorre infine dir brevemente della *exc. n. n. p.* non ai riflessi del *reus debendi*, sibbene a quelli del creditore. Essa veniva a lui accordata contro il documento scritto o ricevuta *(apocha)*, in cui avesse confessato essergli stato dal debitore pagato il danaro dovuto (1). Le regole del nostro istituto, che valevano rispetto al debitore, valevano eziandio rispetto al creditore, meno in due punti essenzialissimi; in ordine all'estensione di applicabilità, ed in ordine al termine.

In ordine all'estensione di applicabilità è da osservarsi che mentre rispetto al debitore l'*exc. n. n. p.* si accordava soltanto *ex contractu mutui*, rispetto al creditore invece si accordava *ex quacumque causa*, contro cioè qualsiasi *apocha*, che prendesse causa da pagamento dovuto per qualsiasi contratto. La ragione di questa differenza sta in ciò che mentre la *pecunia numerata* soleva darsi *(dari)* solo *ex mutuo*, dove si versava a *commodum* del debitore; invece la *pecunia* poteva addursi in pagamento *(solvi)* di qualsiasi obbligazione *ex omnibus causis*.

---

(1) C. 14, § 2, Cod. *h. t.*: « *Super cœteris vero securitatibus, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur, partem debiti sortis vel usurarum nomine solutam esse significantes, vel adhuc fœneratitia cautione apud creditorem manente, solidi tamen debiti solutionem factam esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redhibitionem instrumenti fœneratitii promittentes, vel si qua alterius cujuscumque contractus gratia, in quo numeratio pecuniarum, vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit, depensas esse pecunias, vel alias res, vel partem earum significantes; intra triginta tantummodo dies post hujusmodi securitatis expositionem connumerandos, exceptionem non numeratae pecuniae posse objici; ut si hi transacti fuerint, eadem securitas a judicantibus omnibus modis admittatur: nec ei liceat, qui securitatem exposuit, post excessum numeratorum triginta dierum, non esse sibi solutas pecunias, vel alias res dicere.* »

In ordine al termine è da osservarsi che non un quinquennio od un biennio, ma bensì soli trenta giorni si accordavano di tempo utile al creditore per l'opposizione della *exc. n. n. p.;* ed ugual tempo utile gli si accordava per farsi attore ed interporre la *querela n. n. p.* avverso l'*apocha* da lui emessa. La ragione di questo minor termine concesso al creditore si adagia nel principio che « *magis consulendum est his, quibus majus periculum intenditur* » (L. 1, § 5, D. *De Carb. edict.* 37, 10). Ora assai minore era il pericolo di frodi e di raggiri, cui era esposto il creditore; che non il pericolo, cui invece era esposto il debitore. Il creditore non era per niente costretto ad anticipare od a *praerogare* l'*apocha*, avanti che gli fosse stata fatta la numerazione del danaro, di cui l'*apocha* dichiarava il ricevimento. Per lui infatti non ricorreva quell'urgente bisogno del danaro, che costringeva nella maggior parte dei casi il debitore a subire la legge prepotente del creditore, che gl'imponeva, come condizione *sine qua non*, di sottoscrivere la *cautio* prima di aver numerato il danaro; dacchè il creditore aveva in sua mano ben altro mezzo di avere il suo danaro; esso aveva, cioè, modo di costringere il debitore al sodisfacimento del suo obbligo esercitando l'*actio* inerente al contratto, che fra di loro intercedeva. Che se il creditore anticipava la ricevuta al pagamento del debitore lo faceva nella maggior parte dei casi per blandire quest'ultimo ed indurlo a sborsargli alla buona ed evitando un'azione contenziosa quanto gli spettava; lo faceva cioè non per una prepotenza impellente del debitore, come accadeva nel caso inverso nei riflessi del debitore verso il creditore, sibbene più che altro per comodo suo; di qui un diritto assai minore e men giustificato all'ausilio della legge (1).

---

(1) V. DONELLO ad c. 14, § 2, Cod. *h. t. loc. cit.*, col. 293-296. Cfr. per la quietanza presa come contratto formale liberatorio la nota 2 a p. 44-45 e gli autori ivi citati.

§ 6.

PROCEDURA. CARATTERI PROCESSUALI

SOMMARIO — 61. L'*exc. non num. pec.* dal lato formale e processuale era di origine pretoria — 62. Formola generica dell'*exc. n. n. p.* — 63. Specialità processuale relativamente alla prova — 64. Triplice distinzione essenziale delle *exceptiones* — 65. L'*exc. n. n. p.* era un' *exceptio in factum.* Era un' *exceptio dilatoria seu temporalis.* Era un' *exceptio in rem o rei cohærens.*

61. L'*exc. n. n. p.*, come in genere tutte le eccezioni nate con la formola e nella formola — perocchè dell'*exceptio* perdurante il sistema delle *legis actiones* non si riscontra nè il concetto, nè il nome (1) — dal

---

(1) Gaio, IV, §§ 108: « *nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum* », 116 e 119; Cicerone, *De inv.* II, 19; L. 3, § 1, D. *De const. pec.*, 13, 5; *Inst. De except.*, 4, 13. — V. Zimmern, *d. Syst. d. röm. Noxalklagen*, § 91; Étienne, *Instit. de Gaius trad. et expl.*, II, p. 477; Bonjean, *op. cit.*, II, §§ 309 e 310; Domenget, *Instit. de Gaius*, p. 581; Milone, *op.*, p. 6. — Sulla probabile supposizione che perdurante questo sistema si supplisse alla deficienza dell' *exceptio* mediante una *sponsio* pregiudiziale V. Savigny, *System.*, V, § 228, nota *e;* Keller, *Il processo civile romano e le azioni*, trad. del Prof. Filomusi-Guelfi, § 36; Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, I, § 38. Contro: Ihering, *Geist des röm Rechts*, IV, § 62, nota 181 (3ª ediz.); Sell, *De exceptionum usu qui legis actionum tempore fuerit commentatio.* V. anche sui concetti generali e sul fondamento dell'eccezione: Warkoenig, *Comment. juris priv. Rom.*, I, p. 309; Donello, *op. cit.*, V, col. 165 e segg.; Duareno, I, p. 949; Voet, *Pand.*, ad lib. 44; tit. I; Puchta, *Instit.*, II, § 170; Savigny, *Syst.*, V, § 225-229; Windscheid, *Pand.*, § 47, note 1-21 7; Unger, *Syst.*, II, p. 274; Bulow, *Die Lehre v. d. Processeinreden;* Thon, *z. Lehre v. d. in factum actiones* nella *Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft*, II, p. 239-310; Bekker, *d. prozessualisch. Consumption im class. röm. Recht*, p. 93; Brinz, *Pand.*, I, §§ 39-48; Kruger, nella *Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss.*, VII, p. 219 e segg.; Haenel, nell'*Arch. f. civ. Prax.*, XII, p. 422 e segg.; Arndts-Serafini, *Pand.*, §§ 101-102; Serafini, *Istit.*, § 38; Carle, *op. cit.*, p. 9 e segg.

lato formale e processuale ripeteva la sua origine dal Pretore (1). E di vero l'*exc. n. n. p.*, come ogni eccezione, in quanto fondata sulla necessità di modificare i risultati troppo rigorosi dello stretto diritto civile (2), non poteva dal giudice esser presa in considerazione, se non dietro uno speciale mandato del magistrato, che ne dettava la formola.

62. Questa formola naturalmente era concepita in forma di condizione negativa (3) opposta alla *intentio* e quale limitazione alla *condemnatio*, cioè all'ordine di condannare che dal magistrato si dava al giudice. Per l'*exc. n. n. p.* non v'era una formola speciale e determinata, ma si usavano le solite particelle *si non, ac si non, si in ea re nihil, quod* o *qua de re non... extra quam si..., praeterquam si...* e simili (4)

---

(1) Però l'*exc. n. n. p.* risguardata dal lato materiale, e cioè nel suo contenuto e fondamento, era una eccezione civile, una di quelle, cioè, che discendeva dal diritto civile nel senso che la regola, da cui l'eccezione si attingeva e prendeva consistenza, era una regola propria del diritto civile e non già introdotta dal diritto pretorio. L'azione civile preesisteva ed incarnava il modo indiretto di efficacia dell'obbligazione; l'eccezione corrispondente poggiata sull'aforisma « *cui damus actionem eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit* » (L. 1, § 4, D. *De superf.*, 43, 18) lo riproduceva. Tale eccezione, come quella di dolo che poteva a scelta del debitore farne le veci, non serviva che a raggiungere più prontamente il medesimo scopo, pel quale, secondo il diritto civile, si sarebbe potuto indi agire in via di restituzione mercè la *condictio causa data causa non secuta*. V. MILONE, *op. cit.*, p. 27, 39 e 219; BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.*, II, § 99, p. 393-394; ZIMMERMANN, *Critische Bemerkungen zu* EISELE *etc.*, p. 14-17.

(2) CICERONE, *Orat.*, XXVIII, 100 e XXIX, 102; GAIO, IV, 106.

(3) GAIO, IV, 119: « *Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is cum quo agitur: nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat..* »; PAOLO, L. 22, D. *De except.*, 44, 1.

(4) Esempio di formola valevole al nostro caso: « *Cassius judex esto: Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio ex cautione mutui centum dare oportere, praeterquam* (od *extra quam*) *si ea pecunia ab A.º A.º N.º N.º numerata non sit, condemna. Si non paret absolve.* » Ovvero: « *Cassius judex esto, si paret Numerium Neg. Aulo Agerio ex cautione mutui centum dare oportere condemna. Ac si pecunia numerata non sit absolve.* » V. MILONE, *op. cit.*, p. 29.

frapposte tra le condizioni positive ed ordinarie dell'*intentio* e l'ordine di condanna *(condemna)* (1).

63. Questo v'era di speciale circa l'*exc. n. n. p.* che, mentre per l'inserzione di una eccezione nella formola trasmessa dal magistrato al giudice la condanna si trovava subordinata ad una doppia condizione riflettente l'una l'attore, l'altra il convenuto, l'obbligo cioè di provare l'uno la sua domanda, l'altro l'eccezione (2); nel caso della *exc. n. n. p.* invece l'onere della duplice prova era tutto a carico dell'attore, che doveva provare non solo la fondatezza della sua azione di domanda, ma eziandio l'infondatezza dell'eccezione opposta dal convenuto, col dimostrare ch'egli aveva numerati i valori formanti l'obietto dell'obbligazione.

64. È noto che le tre principali distinzioni fatte per le *exceptiones* erano *exceptiones in ius* ed *in factum; exceptiones peremptoriae* e *dilatoriae; exceptiones personae* e *rei cohaerentes:* ora a quale categoria apparteneva in queste tre singole distinzioni la nostra *exceptio?*

65. Evidentemente rispetto alla prima distinzione l'*exc. n. u. p.* apparteneva alle *exceptiones in factum* (3), perocchè vi era precisato

---

(1) Brissonio, *De formulis*, V, 77; Keller, *op. cit.*, § 34, p. 113; Savigny, *Syst.*, § 226 *l.* pretende che le *exceptiones* dovessero in genere essere collocate dopo la *condemnatio* e non già frapposte. Contro Ihering, *Geist.*, II, P. 858.

(2) Bonjean, *op. cit.*, I, § 182.

(3) Si appellava *exc. in jus* quella, in cui il libello dell'*exc.* non precisava alcun fatto particolare, ma disegnava piuttosto una questione di diritto, ed il magistrato si limitava a dire in termini generali: « *Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat...* », lasciando così all'*iudex* non solo la cura di verificare i fatti allegati dal convenuto, ma anche il potere di apprezzarne la gravità e la moralità. *Exc. in factum* invece era quella, in cui il magistrato articolava e precisava il fatto concreto allegato dal convenuto, sicchè all'*iudex* non spettava che la risoluzione di una semplice questione di fatto senza addentrarsi nella conseguenza che dall'*exc.* doveva risultare, cioè l'assoluzione o meno del convenuto; chè di questa non era più per lui questione, dal momento che il magistrato aveva già in prima linea giudicato il fatto sì grave da farne discendere, se vero, l'assoluzione del convenuto. Osserva giustamente il Bonjean che quando il fatto, che serviva di base all'*exc.* era ben determinato e di una prova facile, il convenuto aveva interesse a che l'*exc.* fosse redatta in *factum*, perchè sfuggiva

il fatto concreto della non avvenuta numerazione ed in essa non v' era campo all' esame della questione di diritto, che tutta si compenetrava nell'*actio* mossa dal creditore.

Rispetto alla seconda distinzione sta che l'*exc. n. n. p.* era un tipo di eccezione dilatoria *ex tempore* (1) delle più usuali; ed era tale, in

così al pericolo degli apprezzamenti del giudice quanto ai caratteri ed alla pertinenza del fatto allegato. Al contrario il convenuto aveva interesse a che l'*exc.* fosse concepita in *jus,* quando riposava meno su fatti precisi che su circostanze, che importava apprezzare nel loro insieme per dedurne l'iniquità della domanda. Nell'*exc. in factum* i testimoni e le prove avevano una grande e capitale influenza; nell'*exc. in jus* invece la maggior forza doveva spiegarla l'avvocato, cui toccava di raggruppare abilmente i fatti e farne sortire il carattere frodolento. La maggior parte delle *exceptiones* erano in *factum;* l'*exc. in jus* saliente era l'*exc. doli.* V. Keller, *op. cit.*, § 35, p. 115; Domenget, *op. cit.*, p. 584; Bonjean, *op. cit.*, II, § 314.

(1) L. 3, D. *De exception.* (44, 1) *Exc. peremptoria seu perpetua* era quella che paralizzava, *perimebat*, per sempre il diritto dell'attore, per modo che poteva farsi valere contro le pretese dell'attore, qualunque fosse l'epoca in cui questi muoveva la sua azione, contro la quale formava un ostacolo perpetuo. Gaio, IV, §§ 121 e 125; § 9. *Inst.*, *De except.* (4, 13). *Exc. dilatoria seu temporalis* era quella invece che non poteva essere proposta, se non entro un certo tempo determinato, trascorso il quale l'attore poteva liberamente esercitare la sua azione: sicchè, anzichè una contro-azione, era un impedimento processuale che si rimuoveva, passato il tempo prefisso (Gaio, IV, § 122; *Inst.*, §§ 9 e 10 *De except.*). L'*exc.* di questa fatta si diceva dilatoria nel senso che finchè durava, l'attore doveva astenersi dall'intentare la sua azione; ma non nel senso che il giudice, a cui il litigio veniva rinviato, dovesse soprassedere a pronunziarsi, giacchè una volta adito doveva pronunziarsi nei termini legali sotto pena di fare il suo processo. Allora dunque che una tale *exc.* era proposta *in jure* l'attore doveva affrettarsi a rinunziare alla formola d'azione ch'egli reclamava, perchè, una volta dettata o mandata *(contestata lite)*, l'*exc.*, benchè *dilatoria*, conduceva all'assoluzione definitiva del convenuto (Gaio, IV, § 123). Questo risultato, che a primo aspetto parrebbe rigoroso, non ha nulla di strano, quando si consideri che, indipendentemente da ogni eccezione, il creditore, che reclamava avanti il termine, perdeva la causa per *plus petitio tempore.* Notiamo infine che *exceptiones perentoriae* principali erano l'*exc. quod metus causa*, l'*exc. pacti*, l'*exc. jurisjurandi*, l'*exc. rei judicatae*, l'*exc. rei in judicium deductae*, l'*exc. compensationis* etc. Le più usuali *exceptiones dilatoriae*, oltre la nostra *exc. n. n. p.*, erano l'*exc. divisionis*, l'*exc. pacti de*

quanto non era accordata che durante un certo tempo, trascorso il quale il debitore non era più ammesso ad allegare la non avvenuta numerazione della specie, ed il silenzio di lui durante quel tempo si considerava come una tacita confessione della numerazione, sì da render pienamente libera ed inattaccabile l'azione del *fœnerator* tendente a far valere l'obbligazione letterale, che con lui aveva contratta il debitore confesso nella *cautio* o nel chirografo. E la nostra *exceptio* non solo era in fatto *dilatoria*, ma doveva necessariamente esserlo per le ragioni da noi svolte innanzi (§§ 22, 32, 37), dacchè, sobbarcandosi per comodo del debitore l'onere della prova al creditore, era giusto che quest'onere, che al creditore punto giovava, pesar non dovesse perpetuamente su di lui, tanto più che il debitore aveva modo di salvaguardare i suoi diritti col far scomparire il requisito della dilatorietà, valendosi dei mezzi diretti della *querela* o della *contestatio* (1).

Rispetto infine alla terza distinzione è chiaro che la *exc. n. n. p.* apparteneva alle *exceptiones in rem* o *rei cohaerentes* (2), perocchè,

---

non petendo intra tempor., l'*exc. rei residuae*, l'*exc. litis dividuae*, le *exceptiones dilatoriae ex tempore*, le *exceptiones cognitoriae* e *procuratoriae*, le *exceptiones dilatoriae ex persona* etc. (Gaio, IV, § 124, LL. 28 e 51, D. *De fideiuss. et mandat.*; L. 3, § 4, *De except.*; § 11, *Instit. De except.*). — V. Voet, *Pand.*, ad lib. 44, tit. I, nn. 5-8; Domenget, *op. cit.*, p. 585 e seg.; Keller, *op. cit.*, § 36, p. 120-121; Bonjean, *op. cit.*, II, §§ 315 e 316; Carle, *op. cit.*, p. 43-47; Arndts-Serafini, *Pand.*, § 102; Gugino, *Tratt. stor. della proced. civ. rom.*, p. 176-179.

(1) Il Voet tuttavia con qualche altro classico scrittore ritenendo che caratteristica dell'*exc. perentoria* fosse quella di rimanere, una volta opposta, perpetuamente ostante contro l'attore, a differenza dell'*exc. dilatoria* ostante solo entro un certo tempo, pone l'*exc. non num. pec.* nel novero delle *exc.* perentorie. Noi riteniamo che il significato dato dal Voet alla distinzione fra *exc. perentoria* ed *exc. dilatoria* sia del tutto erroneo, dacchè opiniamo che qualsiasi eccezione una volta opposta dovesse ostare perennemente all'azione, sicchè non è su questo punto e sul detto effetto che poteva riscontrarsi la distinzione fra le due sorta di eccezioni or menzionate. — V. Voet, *Pand.*, ad lib. 44, tit. 1, n. 4.

(3) L'*exc. personae cohaerens* od *in personam* era quella che *non transiebat ad alios* e non poteva essere invocata che da e contro certe persone, e non da o contro i loro aventi causa. Tale era l'*exc. doli mali*, che era inerente alle persone passivamente, nel senso che non poteva essere utilmente opposta che

come abbiamo già visto ai §§ 47-49, non era inerente alla sola persona del debitore; ma competeva eziandio ai suoi aventi causa, quali erano gli eredi (1), i fideiussori (2), ed i creditori (3): semprechè, s'intende, non vi fossero contingenze speciali, che rendessero l'eccezione stessa aderente alla persona; chè in tal caso questo non dipendeva dall'indole dell'*exceptio* stessa, ma bensì dalle circostanze speciali concomitanti.

---

contro l'autore del dolo e non contro coloro, che non avendo partecipato alle macchinazioni frodolente, avevano agito in virtù dell'atto strappato al convenuto con tali raggiri (L. 2, § 1, e 2, D. *De dol. mal. except.*, e L. 4, § 33, D. Cod. L'*exc. rei cohaerens* o *in rem* era quella, che poteva essere invocata da chicchessia e contro chicchessia, e precipuamente da e contro i fideiussori od eredi universali. Tali erano oltre alla nostra *exc.*, l'*exc. quod metus causa* (L. 4, § 33, D. *De doli mali except.*); l'*exc. rei venditae et traditae* (L. 3, D. *De except. rei vend.*), e l'*exc. doli mali* presa nel senso attivo (L. 2, §§ 1 e 2; L. 4, § 33, D. *De doli mali*). V. BONJEAN, *op. cit.*, II, § 314; GUGINO, *op. cit.*, p. 179; HUSCHKE, *op. cit.*, § X, n. 6.

(1) C. 8, Cod. *h. t.* Cfr. innanzi n. 47.

(2) C. 12, Cod. *h. t.* Cfr. innanzi n. 48.

(3) C. 15, Cod. *h. t.* Cfr. innanzi n. 49. Nè osta il testo c. 6, Cod. *h. t.*, che toglie al debitore subentrato mediante sostituzione il diritto all'*exc. non num pec.*, perocchè, a prescindere che quel testo si riferisce con tutta probabilità ad un debitore subentrato in luogo di altro cui la *numeratio pecuniae* era già stata fatta innanzi della sostituzione, sta che la vera caratteristica, che distingueva l'*exc. personae cohaerens* da quella *in rem o rei cohaerens* era, conforme s'argomenta lampantemente dalla L. 7, D. *De exception.* (44, 1), e dal § ult. Inst. *De replicat.* (4, 14), d'essere opponibile dai fideiussori e dagli eredi universali. V. fra gli altri VOET, *loc. cit.*, n. 9; CARLE, *op. cit.*, p. 48.

APPENDICE N. I.

Ad illustrazione ed a complemento insieme della trattazione, che ci siamo proposta, riteniamo utile far seguire la traduzione, corredata di opportune note e richiami, dell'importante Appendice intitolata: « *L'exceptio non numeratae pecuniae* », che il chiarissimo D.r Otto Baehr, uno dei principali capiteoria tedeschi sull'argomento, ha apposta alla sua classica opera: « *Il riconoscimento come fonte di obbligazione* » (1).

Ascriviamo ad onore pubblicare qui tradotta la nobile lettera, che quel dotto giurista, nell'aderire alla nostra richiesta di traduzione, ci ha indirizzata:

Onorevole Signore!

Cassel, 3 giugno 1885.

Ella mi chiede la facoltà di pubblicare in italiano, unitamente ad un suo trattato di diritto, alcune parti del mio lavoro giuridico intitolato: « *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* ». Assai volentieri io le accordo questo permesso.

È un fatto che riesce a noi tedeschi di somma gioia quando la scienza viene ad aggiungere un novello vincolo fra due paesi già sì strettamente collegati, come sono la Germania e l'Italia. Segnatamente noi giuristi proviamo una grande soddisfazione nell'essere in grado di ritornare all'Italia una piccola parte degli immensi tesori scientifici, che di là ci sono pervenuti.

Mi creda con il dovuto ossequio

Devotissimo

Baehr

(1) D.r Otto Baehr, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Civilistische Abhandlung*, 2ª ediz. pag. 325-373 (Cassel und Göttingen 1867).

L'EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE

Fonti: tit. Cod. de non numerata pecunia.

I. Generalmente *per exceptio n. n. p.* intendesi un mezzo giuridico, mediante il quale certi documenti dentro un determinato termine « non dimostrano nulla ». Tutto il resto però è controverso (1). « Nè si è d'accordo per quali negozi giuridici ha valore l'eccezione, poichè ora la si limita a mutui e costituzioni di doti, ora si estende a contratti reali colla semplice eccezione del deposito (*a*) *; nè punto si conviene se l'emittente la scrittura possa servirsi dell'eccezione, se egli ha riconosciuto aver ricevuto denaro sulla scrittura medesima, o se anche allora che egli confessi espressamente nel documento che il danaro gli sia stato sborsato precedentemente (*b*). Neppure havvi concorde opinione sulla natura di questo mezzo difensivo, poichè ora si riguarda come eccezione perentoria, ora come eccezione di prova, ora come azione negatoria (*c*). Anche sul rapporto giuridico, che nasce dopo la decorrenza del termine stabilito per l'eccezione, le opinioni sono molto divise. Non pochi scrittori distinguono fra eccezione privilegiata e non privilegiata, e ritengono che questa è permessa anche dopo scorso il termine quando l'emittente voglia sobbarcarsi alla dimostrazione del mancato pagamento, al quale fine da molti si concede anche la delazione del giuramento; e molti scrittori permettono la medesima in questo caso come *exceptio doli:* mentre altri rigettano questa distinzione come punto fondata nella legge, ritenendo che quindi nasce una *literarum obligatio,* e che non importa affatto se sia seguita la numerazione del danaro (*d*). Però l'ultima opinione ha trovato poco accoglimento presso i tribunali tedeschi, coi quali concorda anche la prassi de' tribunali di Assia. L'affermazione che il danaro non è stato pagato, fintantochè il creditore si serve di altri mezzi all'infuori del documento, la si riguarda come semplice negazione di fondamento

---

(1) Il passo seguente lo prendo dalla pag. 270 nota 5 di un parere della Corte di Appello di Cassel, 1839. Tutte le riferite opinioni godono l'autorità di un numero più o meno grande di autori.

* *Le note e richiami del traduttore numerati per lettere si trovano in fondo, per evitar confusioni colle note dell'Autore* Baehr.

di azione; se però l'attore poggia la sua dimostrazione sulla scrittura, la si ritiene come eccezione contro la forza probante del documento, e non si concede in questo caso all'attore di riferirsi al contenuto del documento medesimo come controprova per distruggere la dimostrazione del convenuto (*e*). Sebbene ora per la moderna giurisprudenza, che ignora una *obligatio ex literis*, è scomparsa la speciale disposizione del diritto romano, per cui l'emittente una scrittura, dopo la decorrenza del termine, è tenuto incondizionatamente al pagamento; pure esiste ancora l'altra singolarità che il documento di debito, sebbene in esso l'emittente confessi il ricevimento, non prova che dopo due anni, mentre in altri casi la forza probante dei documenti sorge immediatamente (*f*). Questa disposizione esorbitante delle regole comuni ha per fondamento l'idea che la scrittura sia stata rilasciata solo nella speranza di futuro pagamento, che però il creditore dopo la consegna della scrittura possa aver sospeso il pagamento ed abusare del documento trovantesi nelle sue mani; e forse si è anche avuto riguardo alla condizione difficile in cui si troverebbe il debitore, se dovesse prestare una prova negativa. »

Dopo questa esposizione, la quale contiene una relazione fedele delle idee dominanti nella teoria e nella prassi chi potrebbe negare la più grande sfiducia per questa dottrina? Si ha dinanzi un istituto singolare, i cui principii ricalcitrano alla ragione naturale. Esso si muove fra due estremi che cioè alcuni documenti da principio non provano nulla, più tardi provano incondizionatamente (*g*). Il mezzo giuridico poi, che opera ciò, non lo si sa riportare ad alcuna figura processuale; s'ignora donde provenga, e come se ne limiti l'applicazione. Il medesimo ha per fondamento il concetto che spesso il debitore è tanto incauto da consegnare al creditore un documento di debito prima di avere ricevuto il danaro. Per proteggere un tale incauto debitore di fronte ad un creditore per avventura disonesto, i Romani avrebbero inventata una dottrina, che lascia indifeso ogni creditore per anni ed anni.

II. I primi elaboratori di questa dottrina hanno dinanzi a sè l'obiezione che essi non considerano, come di dovere, la connessione dell'*exc. n. n. p.* colla stipulazione e la sua impugnazione, per quanto le fonti qua e là insistano su questo punto. Questa connessione è stata invece riconosciuta dagli scrittori più recenti, come segnatamente *Liebe* e *Gneist* (*h*). Colla loro profonda penetrazione nella dottrina della stipulazione sono essi riusciti ad afferrare l'importanza, che vi esercita l'*exc. n. n. p.:* questo scritto potrebbe in fondo fare adesione ai loro apprezzamenti in questo senso. Però il rapporto dell'eccezione ai documenti non è considerato da *Liebe* (il quale tratta tutta la dottrina alla fine del suo scritto) che di passaggio, e, come a me sembra, senza chiarezza sufficiente. *Gneist* al contrario, il quale espone assai completamente l'*exc. n. n. p.* sotto quest'ultimo rapporto, rompe la presentatasi connessione colla dottrina della stipulazione, ponendo addirittura il principio che vi sono *due distinti mezzi giuridici* sotto il nome di *exc. n. n. p.* L'uno sarebbe una vera eccezione *(exceptio doli)*, diretta contro l'obbligatorietà della stipulazione e non legata a termine alcuno; l'altro invece (tecnicamente

chiamato *querela n. n. p.*) non sarebbe una vera eccezione, ma un beneficio di dimostrazione contro la forza probante di certi documenti (*Gneist*, pag. 404) (*i*). Lo stesso beneficio sarebbe stato introdotto pei documenti di debito da una Costituzione di Caracalla (andata perduta) verso l'anno 215 (*Gneist*, pag. 273-276). La sua durata sarebbe stata stabilita da principio ad un anno, poi a cinque, finalmente a due (*Gneist*, p. 14 e segg.). Per questa *exceptio* il creditore sarebbe obbligato a dimostrare il pagamento senza riportarsi alla dichiarazione contenuta nel documento (*Gneist*, pag. 1); ciò sarebbe « incontestato ed incontrovertibile secondo le fonti » (*Gneist*, pag. 19). Di ciò si pone per fondamento (riprovando le altre spiegazioni) la circostanza che è del tutto impossibile che il pagamento del mutuo abbia luogo contemporaneamente alla consegna del documento al creditore; per cui avviene che il documento si rilasci prima del pagamento, anzichè dopo (*Gneist*, pag. 21, 22, 278). Sarebbe ingiusto far parola di un rovesciamento del peso della prova; il creditore deve dimostrare senz'altro il pagamento; la specialità consiste solo in ciò che il documento non prova nulla (*Gneist*, pag. 24), mentre la dichiarazione di ricevimento « s'ignora per principio » (*Gneist*, pag. 285). Tutta la specialità si ridurrebbe alla tesi che il gravame pel non pagamento della valuta *(querela)* dovrebbe farsi valere nel termine di un anno. Tutto il resto non sarebbe che conseguenza (*Gneist*, pag. 280, 282). Obiettivamente la *exceptio* si limiterebbe a documenti di mutuo (senza distinzione se con o senza clausola stipulatoria); documenti però, che non pongono il pagamento del prestito in un'epoca precedente determinata (*Gneist*, pag. 292). L'estensione della stessa alle quitanze, verosimilmente anche a documenti attestanti il ricevimento della dote, non avrebbe avuto origine che da Giustiniano (*Gneist*, pag. 23, 33 e seguenti). Dopo la decorrenza del termine stabilito avrebbe luogo l'effetto speciale della prova incondizionata del documento; risultato che si fa dipendere dall'espressioni positive della legge (*Gneist*, pag. 89 e seguenti, 284).

Gneist ha difese le sue idee traendo il più grande profitto dalle fonti. Rispetto ad una elaborazione comprensiva delle materie attinenti *Gneist* ha raggiunta un'altezza, alla quale nessun scrittore della materia pervenne precedentemente. Pure nei principii fondamentali egli è rimasto fedele all'opinione comune. Anche altri autori di merito (2) nei punti essenziali si sono avvicinati alla teoria di

---

(2) Cfr. Sintenis, *Civilrecht.* II, pag. 260 e seguenti, il quale già nei *Sell's Jahrb.*, I, pag. 254 seguenti [1841] trattò in una maniera notevole l'*exc. n. n. p.* Cfr. inoltre Erxleben, *die condictiones sine causa*, II, pag. 179. — Heimbach (*Credit.*, pag. 642 e segg.) discorda veramente in punti notevoli da Gneist, caratterizzando però ugualmente l'*exc. n. n. p.*, come « prossimamente e semplicemente diretta contro le prove adoperate dall'attore per dimostrare il suo assunto »; e considera la necessità dell'attore « di fornire la prova della numerazione altrimenti che con la produzione di scritture di debito e di documenti stipulatorii di

Gneist. Se ora qui si ha l'ardire di proporre una nuova dottrina, la quale pure si presentava così ovvia al punto di vista di *Gneist*, questi rappresenta tuttavia l'autorità avversaria più importante. Quindi si giustifica se nell'ulteriore sviluppo, attesa l'impossibilità di aver riguardo a tutte le teorie contrarie, si considera avversario segnatamente *Gneist*.

III. Il pensiero fondamentale, che compenetra la teoria di *Gneist*, si riferisce alla doppia natura del mezzo giuridico, che viene sotto il nome di *exc. n. n. p.*, la quale coincide solamente in ciò che ambedue gli effetti dello stesso sono diretti contro uno strumento stipulatorio fornito di dichiarazione di ricevimento. Che però in fatto vi sia solamente una *exc. n. n. p.* si desume in primo luogo dalla circostanza che nelle fonti non s'incontra il menomo cenno, per cui sotto quel nome comune si dovrebbero comprendere due cose così assolutamente distinte, come sono una vera *exceptio* ed un beneficio di prova. Ma vi sono infatti due nomi per i quali vengono distinti quei due mezzi giuridici? Il *Gneist* sembra quasi affermarlo quando dice (*Gneist*, pag. 266): « L'eccezione contro i documenti dicesi tecnicamente *querela n. n. p.* quando parlasi dei loro effetti particolari. L'eccezione contro la stipulazione invece dicesi tecnicamente *doli exceptio*, e solo in casi particolari chiamasi *exc. n. n. p.*, quando cioè viene concepita *in factum*; essa non porta mai il nome di *querela n. n. p.* ».

Mi sembra che *Gneist* stesso abbia fornita la materia migliore per la sua confutazione. Con un ragionamento del tutto profondo egli (*Gneist*, pag. 63 e segg.) dimostra che la parola *querela* in generale non ha mai un carattere tecnico, designando invece qualunque eccezione diretta a rimuovere una ingiustizia, senza riguardo alla forma con cui essa si fa valere. « *Queri non numeratam esse pecuniam* » non significherebbe altro che: « eccepire che il danaro non è stato pagato »; la denominazione tecnica delle due forme nelle quali la *querela* ha luogo sarebbe *exc. n. n. p. e contestatio* (*Gneist*, pag. 78). Lo « eccepire che il danaro non è stato sborsato » sta però anche a fondamento senza dubbio della eccezione contro la stipulazione. Sarebbe quindi per avventura più che caso se dove l'*exceptio n. n. p.* sta in rapporto reciso ad una stipulazione non venisse designata quale *querela?* (3)

---

mutuo », non come un'anomalia; ma « semplicemente come conseguenza delle speciali circostanze che accompagnano l'opposizione della eccezione »: io confesso che dalla deduzione di HEIMBACH non ho potuto capire quali sono le circostanze speciali, che tolgono ogni forza probante alle dichiarazioni di ricevimento.

(3) Questa opinione però non è giusta per ogni caso. Nel c. 9, Cod. *h. t.*, dove la *exceptio in factum* si contrappone espressamente ad una *stipulatio*, vien detto: «... *si necdum tempus, intra quod hujus rei querela deferri debet, transiit...* ». In simil guisa nel c. 2, Cod. *de his quae vi* (2, 20) l'impugnazione di una scrittura di debito per coazione viene detta: «... *querela de chirographo, utpote per vim extorto...* » (manifestamente *la exceptio metus*).

D'altra parte la denominazione *exc. n. n. p.* per l'eccezione di fronte alla stipulazione non è meno tecnica della *exceptio doli.* I due nomi non vanno soggetti ad alcuno scambio arbitrario, ma designano l'eccezione secondo il suo diverso aspetto processuale, secondochè essa nella formola si riferisca al concetto giuridico del *dolus,* o al fatto: *pecuniam non esse numeratam.* In ogni modo colla opposizione tentata dal *Gneist* non si spiegherebbe come i due mezzi giuridici convengano nel nome *exc. n. n. p.* (il quale anche per la querela dovrebbe rappresentare la « denominazione tecnica » della sua applicazione processuale). Ma appartengono forse questi nomi a periodi distinti? Forse che non si ebbe difficoltà di designare il beneficio di prova come *exc. n. n. p.* perchè l'eccezione originaria, come contraria alla stipulazione, non apparteneva più ai concetti giuridici in uso? Anche questa idea devesi abbandonare tostochè si riconosce che l'*exc. n. n. p.* come mezzo d' mpugnare la stipulazione, trascorre tutta intiera la dottrina fino a Giustiniano.

L'*exc. n. n. p.* viene dapprima ricordata da *Ulpiano* (4) in due frammenti delle pandette come una *exceptio in factum concepta* concorrente colla *exceptio doli. Ulpiano* viveva, com'è noto, sotto Caracalla (211-217), intorno a quel tempo dunque, in cui *Gneist* fa sorgere il beneficio della prova. Nel c. 3, Cod. *h. t.* appunto in quel rescritto di Caracalla, in cui (secondo *Gneist*) il beneficio della prova nuovamente trovato esercita la sua funzione per la prima volta, si dice: «... *exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae...* »; dunque qui l'*exc. n. n. p. e l'exc. doli* vengono rappresentate anco una volta come materialmente identiche. Forsechè dunque « il beneficio della prova » si chiama ancora *exceptio doli?* Nel c. 9, Cod. *h. t.* (di Diocleziano) si dice: «... *si stipulatione interposita, placita creditor non dederit, in factum esse dandam exceptionem convenit, si necdum tempus, intra quod hujus rei querela deferri debet, transiit, etc.* »

Qui dunque troviamo la *exc. n. n. p.* (poichè tale apparisce essere stata la difesa dall' iscrizione del titolo e dal termine apposto), adoperata conformemente al passo di *Ulpiano,* come *exceptio in factum* di fronte alla stipulazione. Si potrebbero anche allegare i cc. 6, 11 e 13, Cod. *h. t.,* dove sempre la *exceptio* si considera di fronte ad una stipulazione, ma non la si permette per cagione di una *causa praecedens.* Nella maggior parte degli altri passi, che trattano della *exc. n. n. p.* riscontransi espressioni, le quali, sebbene non in un modo preciso, pure con più o meno verisimiglianza accennano a documenti di stipulazione; così *cautionem interponere* o *exponere* (5) *pecuniam cavere, promittere* (6); *cautiones*

---

(4) L. 29, D. *mand.,* 17, 1; L. 4, § 16, D. *de doli except.,* 44, 4 (pag. 109 e 110). *

(5) Cc. 2, 8, Cod. *h. t.;* c. 1, Cod. *De cond. ob turp. caus.* 4, 7.

(6) C. 7, Cod. *h. t.;* c. 3, Cod. *De postul.* 2, 6.

* *Ogni richiamo fatto in parentesi senza nome d'Autore, sia nel testo che nelle note, si riferisce a luoghi dell'opera del* BAEHR.

fæneraticiae (7). Anche le parole iniziali del c. 14, Cod. *h. t.*: « *in contractibus* etc. » non escludono affatto i documenti stipulatorii (8). Queste supposizioni vengono espressamente confermate dalla testimonianza dello scoliaste Taleleo, il quale intorno al c. 5, Cod. *h. t.* dice: « in tutte le costituzioni di questo titolo devesi però generalmente presupporre che abbia avuto luogo una stipulazione. Poichè senza la stipulazione non sorge mai la obbligazione e come potrebbesi aver bisogno di una eccezione contro una obbligazione invalida? » (9).

Però il documento più importante è rappresentato dal § 2, *Inst. de except.* (4, 13). Nel § 1, ivi dicesi in primo luogo: «... *si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti promisisti quod non debueras..*, »; e per questi casi di stipulazione *ex causa praecedente,* vengono ricordate le corrispondenti eccezioni. Quindi nel § 2 viene contrapposto il caso più importante della *stipulatio ob causam,* il caso cioè in cui la stipulazione dovrebbe servire a contraccambiare un pagamento di danaro (v. sopra pag. 57): « *Idem juris est si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est; dare enim te oportet, cum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet per exceptionem pecuniae non numeratae te defendi debere; cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus* ». Questo paragrafo è una ripetizione letterale di *Gajo* IV. § 116 (pag. 109). Solo *Gajo* alla fine designa l'*exceptio doli* come il mezzo corrispondente d'impugnazione, mentre *Giustiniano* le sostituisce la *exc. n. n. p.* Non vi può essere dimostrazione più stringente di questo passo delle Istituzioni messo in relazione col passo di *Gajo*, che anche Giustiniano abbia riguardato l'*exc. n. n. p.* come essa apparisce nelle pandette, quale altro aspetto della *exceptio doli*, come cioè una genuina eccezione di fronte ad una obbligazione formale. Nello stesso tempo dice Giustiniano che la eccezione in discorso è la medesima, ch'egli ha prima ricordato (tit. Inst. *de lit. oblig.*, 3, 22), e di cui egli ha limitato la durata con una costituzione (c. 14, Cod. *h. t.*). Così quel passo forma la prova più irrefragabile del carattere unitario dell'eccezione, sia che si consideri, come nel § 2 Inst. citato, di fronte ad una stipulazione, sia, come nel passo delle Istituzioni ivi stesso ricordato (v. sopra pag. 150), di fronte ad un semplice istrumento di debito.

Anche *Gneist* non si è nascosto che la *exc. n. n. p.* « fosse diretta principalmente a documenti di stipulazione. » Egli però cerca di spiegar ciò per circo-

---

(7) C. 14, § 2, c. 16, Cod. *h. t.*, interessi di mutuo, com'è noto, non potevano assicurarsi che mediante la stipulazione e quindi anche le *cautiones fæneraticiae* dovevano necessariamente contenere la clausola stipulatoria.

(8) V. § 33 in fine.

(9) Heimbach, *Cred.*, pag. 543.

stanze accidentali (p. 310). Il ricordo della *exc. n. n. p.* nel § 2 Instit. *de exc.* come genuina eccezione contro una stipulazione coll'accenno contemporaneo ad un termine, tenta egli (p. 315) spiegarlo dicendo che Giustiniano ha involontariamente pensato ad un documento di stipulazione. Io opino che in questo caso Giustiniano o avrebbe del tutto tralasciato l'esempio di quella eccezione di fronte alla *stipulatio credendi causa,* od almeno avrebbe dovuto dire che questa *exc. n. n. p.* non è quella ch'egli ha ricordato più avanti circoscrivendone il termine. Mal si saprebbe poi ammettere una sbadataggine tale, per la quale si associassero al nome di *exc. n. n. p.* osservazioni, che non convengono a questa *exceptio,* ma si riferiscono ad un altro mezzo giuridico accidentalmente omonimo (10) (*k*).

IV. Ora vogliamo considerare in sè la presunta creazione del beneficio di prova (l) sotto il nome di *exc. n. n. p.* Esso (secondo *Gneist*) sarebbe stato introdotto da una costituzione di Caracalla verso l'anno 215. *Gneist* si crede spinto a determinare tale epoca dalla considerazione che molte leggi emanate fra gli anni 211-215 non conoscono il privilegio; mentre quelle lasciate da Caracalla (morì nel 217) cc. 3 e 4, Cod. *h. t.* presuppongono l'istituto della *querela n. n. p.*

Nell'anno 215 esisteva ancora il processo romano formulare in tutto il suo vigore. In questo procedimento era proprio del pretore di precisare nella loro relazione reciproca (come *intentio, exceptio, replicatio* ecc.) mediante una formola i rapporti giuridici della lite, riducendoli per lo più a concetti di diritto, più raramente a fatti, affine di rappresentarli così preparati ad un giudice per la decisione. Già la *subsumptio* dei fatti sotto i concetti giuridici designati nella formola, molto più poi l'apprezzamento della prova dei fatti contestati era cosa che riguardava unicamente il giudice. Questi in ciò s'inspirava unicamente alla coscienza giuridica vivente nel popolo. Noi non troviamo in nessun luogo istruzioni, che dovessero determinare la sua condotta. La formola era la sua legge. Perciò tutte le manifestazioni della legislazione — *leges, senatusconsulto,* l'editto del pretore — si occupano solo del diritto che si trovava innanzi alla formola. Lo sviluppo ulteriore del diritto aveva luogo colla creazione e negazione di azione, eccezioni ed altri mezzi giuridici, che il magistrato metteva ad effetto coll'impartire e redigere la formola.

Il senno pratico dei Romani, non ostante le difficoltà provenienti dalle dottrine fondamentali del loro diritto delle obbligazioni, avea elevato, fin da quel tempo, gli strumenti al grado di un forte mezzo di prova (§ 34 in fine). Ovunque nelle pandette la forza probante dei documenti si presuppone senz'altro.

In queste circostanze una costituzione, la quale avesse differito a lungo tempo la forza probante di scritture di mutuo contro il loro stesso contenuto e con questa singolare regola di prova avesse invaso il campo del libero apprezzamento del giudice in materia probatoria — finora quasi un *noli me tangere* — sarebbe

(10) Contro Gneist si dichiara anche Heimbach, *Credit.*, pag. 646.

stata una cosa del tutto inaudita. È poi del tutto inverosimile che tale innovazione abbia avuto origine da un rescritto, mentre siffatte trasformazioni del diritto non s'incontrano mai per via di rescritti (11).

Ma pur supposta la possibilità di una tale costituzione; come sarebbesi venuto a ciò in un tempo, in cui i concetti processuali erano ancora in tutta la loro purezza (12)? designando e trattando come *exceptio* un beneficio di prova? allegando una *exceptio* davanti il giudice? — poichè davanti a questo si portava pure la questione della prova! o forse quel beneficio dovea farsi valere davanti il pretore ed essere accolto nella formola? dove e come gli avrebbe esso trovato un posto?

Sotto Caracalla vivevano *Ulpiano e Paolo* (13) e scrissero le loro opere immortali, per non ricordare altri di minore fama. Se ora fosse comparsa una costituzione così radicale, i giuristi, che sono i naturali interpreti delle costituzioni imperiali (14), non avrebbero mancato di occuparsene nei loro scritti per dare una forma scientifica a tutta la dottrina, come hanno fatto per altre leggi eccezionali (p. es. pei *S. C. Macedoniano e Vellejano*). I compilatori poi non avrebbero tralasciato di integrare i meschini abbozzi del diritto costituzionale, accogliendo le loro illustrazioni nelle pandette. Cosa noi troviamo nelle pandette, delle quali più della metà è riempita dagli scritti numerosi dei nominati giuristi? Del beneficio della prova nessuna traccia! *Paolo* e perfino il posteriore *Modestino* citano letteralmente scritte di mutuo (15) le quali sarebbero dovute cadere sotto il beneficio della prova; però la loro forza probante non viene punto revocata in dubbio. *Ulpiano* nei passi ricordati fa menzione « con tutta disinvoltura » dell'*exc. n. n. p.*, come d'un surrogato della *exceptio doli* contro una stipulazione; di un beneficio omonimo di prova non si fa mai parola.

V. Ma facciamo astrazione da tutti questi motivi esterni e consideriamo in sè la verisimiglianza della pretesa costituzione. Come a me sembra, non è riuscito ad alcun erudito di trovare un motivo plausibile qualunque per spiegare e giustificare una disposizione, per cui sarebbe stata negata la fede ad una dichiarazione di ricevimento contenuta in uno strumento. Certamente non mancano tentativi di spiegazione (16); la cui moltiplicità però fa ricordare ai diversi mezzi,

---

(11) Cfr. Puchta, *Instit.*, § 113 in fine.

(12) Cfr. LL. 2, 22 pr. *De except.*, 44, 1.

(13) Ambedue vissero fin sotto Alessandro Severo (222-230). Ulpiano fu ucciso nei primi anni del governo di questo imperatore; Paolo era ancora *praefectus praetorio* sotto di lui. Puchta, *Instit.*, I, § 100.

(14) Puchta, *Inst.*, I, § 112.

(15) L. 40, D. *De rebus cred.* 12, 1; L. 126, § 2, D. *De verb. oblig.* 45, 1; L. 26, § 1, D. *Depos.*, 16, 3; L. 41, § 2, D. *de usuris*, 22, 1.

(16) Cfr. p. es. Pfeiffer, *Pr. Ausf.*, II, pag. 154; Sintenis nei *Sell's Jahrb.*, I, p. 286 e 300; mentre lo stesso nel *Civilrecht.*, II, p. 262, vuole che « i motivi di quella disposizione singolare si lascino poggiare sopra sè stessi. »

che si raccomandano per certe malattie, segno sicuro che nessuno di essi giova. Ancora *Gneist* sembra invano vada cercando un motivo, per cui la dichiarazione di ricevimento sia stata « ignorata per principio. »

È vero che un tal documento può essere rilasciato e consegnato prima che il danaro sia ricevuto; e perciò sarebbe troppo rigorosa quella disposizione, che vi annettesse una prova assoluta. Però la dichiarazione di ricevimento può riferirsi ad un pagamento effettivo; in questo caso è cosa di gran lunga più dura pel creditore, se si nega ogni forza probante al documento. Se ora è necessario di supporre vero o l'uno o l'altro, non è più naturale intanto, ossia fino alla prova contraria, di ritener per vero ciò che il debitore ha testimoniato contro di sè nel documento, piuttostochè il contrario? È vero, un debitore il quale è tanto incauto da rilasciare uno strumento senza pagamento, se a questo documento si annette una forza probante, può, se non gli si concede la controprova, trovarsi in condizione di dover pagare ciò che non ha ricevuto. Se però nessuna forza probante si annette allo strumento, anche il più cauto creditore, che si fa rilasciare una scritta del pagamento effettivamente fatto, perderà il suo danaro, se gli mancano altri mezzi di prova. Da quando in qua le leggi concedono beneficii a favore dell'incauto ed a spese del cauto? È vero che la dimostrazione negativa, che cioè il pagamento non è stato fatto, può riuscire difficile. Dove però le leggi dispongono in un modo così singolare di togliere il mezzo di prova dell'uno per risparmiare all'altro una difficile controprova? E questa forza probante dovrebbe sospendersi segnatamente nel mutuo, ossia in quel negozio giuridico, che ha più bisogno della sicurezza processuale e che secondo il diritto romano era trattato col maggiore rigore (17)? Essa forza probante dovrebbe sospendersi non per avventura fino a pochi giorni — un tal pensiero poteva bene essere provocato da un riguardo eccessivo pel debitore —; ma fino a cinque anni (18), spazio di tempo così lungo che supera il termine di restituzione della maggior parte dei contratti di mutuo. Ogni mutuante, che nell'atto del pagamento si faceva rilasciare una scritta, non avrebbe potuto ciò fare ragionevolmente che nella speranza che il suo mutuo sarebbe rimasto acceso per cinque anni, affinchè avesse potuto acquistar forza il suo contratto; fino a quel tempo sarebbe stato lo stesso che se avesse prestato senza documento; e tal rapporto poteva dal debitore eternarsi, se egli prima dei cinque anni faceva una protesta. Oltre a ciò esisteva ancora (secondo il c. 14 pr. Cod. *h. t.*)

---

(17) Savigny, *das altröm. Schuldrecht* (*Verm. Schr.*, II, pag. 396 e segg.).

(18) Certamente l'opinione comune ritiene che la *exc. n. n. p.*, sia stata introdotta da principio per un anno e non sia stata estesa a cinque che posteriormente. Se si volesse aderire a questo concetto sorgerebbe sempre la domanda: come è possibile che la *exceptio* stessa sia stata introdotta solo per un anno e poi sia stata estesa fino a cinque?

il privilegio di coloro « *qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas, etiam elapso quinquennio adjuvabantur* (19). »

Che cosa sarebbe accaduto se i cinque anni fossero passati senza protesta? Da una disposizione di diritto, che ha fino allora tanto favorito il debitore, si potrebbe aspettare che almeno ora non si passasse improvvisamente nell' altro estremo; che se anche si volesse accordare forza probante al documento, si permettesse al debitore almeno la controprova. Anche la conseguenza naturale d' un beneficio di prova da adoperarsi dentro un determinato tempo sarebbe che dopo la decorrenza da quel tempo le cose fossero rimesse nel medesimo rapporto, che senza quel beneficio avrebbe avuto luogo fin da principio; dunque forza probante dello strumento con riserva della controprova.

Cosa però troviamo noi in fatto? Lo strumento dopo la decorrenza del termine dovrebbe valere incondizionatamente coll' esclusione di ogni controprova (20). Quindi l' *exc. n. n. p.* si troverebbe fra due estremi, assoluta impotenza alla prova e forza probante assoluta del documento, schivando la via di mezzo di una forza probante tale da poterlesi opporre la controprova. Dove però si può in altro punto fare al diritto romano il rimprovero di oscillare fra due estremi, a questo diritto che seppe così meravigliosamente contemperare lo *strictum jus* coll' *aequitas?* Ed una tale dottrina così poco sana, la quale è stata rigettata da quasi tutte le moderne legislazioni, si attribuisce ad una, che non da teoretiche sofisticherie trasse nutrimento, ma immediatamente dai bisogni della vita! Essa sarebbe sorta in un tempo rappresentato nella sua forza di diritto da *Ulpiano* e da *Paolo!* Essa sarebbe stata sviluppata in un periodo, che trasformò sempre più il diritto romano in diritto mondiale! Certamente la dottrina moderna non sarebbe nata, se molti dei moderni giuristi non si fossero avvezzati a rinunciare quasi del tutto al senso giuridico nell' interpretazione del diritto romano.

VI. Pure anche queste considerazioni aprioristiche vogliamo noi confutare, ritornando sul contenuto delle fonti. Dove domando io troviamo noi pur menomamente accennato che l' *exc. n. n. p.* nella sua esistenza positiva sia una creazione singolare? Io non voglio domandare dove sia rimasta la costituzione, che l' ha portata alla luce, potrebbe essersi perduta per caso. Ma un accenno qualunque della stessa sarebbe pur naturale. Nelle pandette non troviamo mai ricordato

---

(19) Senza dubbio queste parole si riferiscono alla restituzione dei minori, i quali non furono eccettuati dalla prescrizione dell'eccezione che più tardi (c. 5, Cod. *in quibus caus. i. i. r.*, 2, 41).

(20) Ciò è sicuramente controverso. Però teoreticamente — anche se si fa astrazione dai motivi intrinseci — l'esclusione di quella controprova secondo il c. 14, Cod. *h. t.*, è incontrovertibile. GNEIST ha splendidamente confutati (p. 99 e segg.) i deboli motivi dell' opinione contraria. Cfr. ancora HEIMBACH, *Cred.* p. 681 ; PFORDTEN. *Abh.*, p. 286.

il beneficio della prova. Nelle Istituzioni (3, 22), dove c' incontriamo in un breve sguardo retrospettivo, dicesi che da parecchie costituzioni fu stabilito l' *exc. n. n. p.* dopo lungo tempo non potersi più opporre; non si fa però neppure una parola che essa non sia stata creata che espressamente pel termine dentro il quale viene ammessa. Nel Codice finalmente l' *exc. n. n. p.* comparisce come un istituto, che intendendosi da sè non abbisogna di dichiarazioni. Essa è messa lì in mezzo alle eccezioni materiali, mentre considerata come singolare regola di prova avrebbe dovuto trovare il suo posto nel titolo *De probationibus* o *De fide instrumentorum*, i quali tacquero affatto della medesima. I principii, ai quali la si vorrebbe informata, non trovansi mai accennati. Non si fa mai menzione del pericolo del debitore, contro il quale egli dovesse essere protetto, nè di una malafede del creditore, alla quale si sarebbe dovuto ovviare. Al contrario si riprovano tutti i momenti i debitori, che fanno abuso dell' eccezione. *Giustiniano* motiva così le sue disposizioni: «... *quoniam securitatibus et instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum talem exceptionem opponere litigatores conantur...* »; «... *ne homines negligentia sua aut forte dolo ut in negotiationibus fruantur, aliisque negotia facessant...* »; «... *ne creditores diutius possint suis pecuniis defraudari...* » (21). Eppure *Giustiniano* a favore di litiganti, « che mediante i loro impacci molto affini al dolo cercano di fare ostacolo » ed a carico di « pericolanti creditori », avrebbe introdotta l' *exc. n. n. p.* contro le quietanze e le costituzioni dotali! Non si parla neppure in alcun luogo di « una prova troppo onerosa », di cui dovesse per disposto positivo essere alleviato il debitore; invece troviamo accennata la ragione, per cui l' eccezione sposta verso l' avversario il peso della prova nel c. 10, Cod. *h. t.*, come segue: «... *quia negantis naturali ratione probatio nulla est...* ». Anche *Gneist* (p. 24) riconosce che queste parole « accennano a tutt' altro che ad una singolarità ». Quale diritto nel mondo considera come *naturalis ratio* che colui, il quale impugna il contenuto di un documento rilasciato contro sè stesso, volga per ciò solo verso l' avversario il peso della prova? Forse il romano? Si legga solo la costituzione c. 3, Cod. *h. t.*, dove con chiare parole si dice: «... *nimis indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eumdem casum infirmare, testimonioque proprio resistere...* ».

Innanzi tutto dovrebbesi considerare chè ad un istituto così singolare si sarebbe apposta una circoscrizione determinata. Che cosa trovasi in questo rapporto? La nota discordia ci dà la risposta su ciò. Alcuni pensano che la *exceptio* si riferisca solo al mutuo; altri la estendono a tutti i contratti reali, ad eccezione del deposito; altri opinano diversamente. Come mai, date le parole affatto generali del c. 14, Cod. *h. t.* « *in contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur...* », e data l' eccezione fatta espressamente solo per i do-

---

(21) C. 14, § 1, Cod. *h. t.;* Nov. 100; tit. Inst. *De lit. obl.*, 3, 22.

cumenti di deposito siasi potuto sostenere che l'*exceptio* si applica solo ai mutui, non si sa davvero comprendere. Il tentativo affannoso di dedurre una limitazione di fronte ad espressioni così chiare, suona come un lamento, che invoca una circoscrizione ferma e possibilmente ristretta di quell'istituto singolare. La gran difficoltà del mutuo che il pagamento avvenga contemporaneamente al rilascio della obbligazione si riscontra anche per altri rapporti, come per la estinzione di un debito. Anche qui la stessa difficoltà di far coincidere la rimessa del danaro col rilascio del documento (quietanza). Ora perchè se per i documenti di mutuo già nel 215 fu introdotto il beneficio della prova, se Diocleziano lo rinviene perfino corrispondente alla *naturalis ratio;* perchè la sua applicazione alle quietanze fu differita fino a *Giustiniano?* O se vuolsi ammettere che se ne fece applicazione anche prima; come e quando nacque essa? E perchè nelle più antiche costituzioni non ne troviamo traccia?

VII. Ma tutti questi motivi interni ed esterni, che rendono inverosimile la creazione del beneficio in disputa, diranno gli oppositori che nulla valgono contro le positive disposizioni della legge. Nei cc. 3 e 10 Cod. *h. t.* si dice indubbiamente che mediante l'*exc. n. n. p.* l'attore è necessitato a dimostrare lo sborsamento del danaro. Secondo il c. 14, Cod. *h. t.* ed altri passi l'*exceptio* è permessa contro scritte, che attestano ricevimento di danaro. Conseguentemente, conchiudesi, coll'eccezione si distrugge la forza probante del documento. La limitazione ad un termine dell'*exc. n. n. p.* conferma questa idea. Perchè altrimenti questa limitazione di tempo?

L'errore principale di questa dottrina sembrami consistere in ciò che la eccezione considerasi sempre, come impugnazione di un mezzo di prova; invece di tenerla come impugnazione di un atto di obbligazione. Questo era in origine la stipulazione. Noi abbiamo veduto che l'impugnazione della stipulazione si differenziava essenzialmente, secondochè le stava a fondamento la ricognizione di un debito preesistente, od aveva luogo in vista di un altro fatto o prestazione in un rapporto astratto di fronte ad essa. Nel primo caso il riconoscimento del debito era un surrogato per l'esistenza obiettiva della *causa,* per cui all'impugnante incombeva la prova della non esistenza del debito. Nel secondo caso per l'impugnazione bastava negare l'esistenza obiettiva della *causa,* che allora dovea essere dimostrata dallo stipulante; con riserva della presunzione di questa causa pel fatto stesso della stipulazione. Secondo il processo formulare però come nell'uno così nell'altro caso per impugnare la stipulazione obbligante *ipso jure* faceva mestieri di una eccezione.

Fra le stipulazioni dell'ultima specie bisognava anche annoverare quella stipulazione, ch'era destinata a conchiudere un mutuo, od altro negozio simile *(stipulatio credendi causa).* Questa stipulazione poteva, come spesso accadeva (22),

(22) L. 30, D. *De reb. cred.* 12, 1; L. 3, § 4, *De SC. Maced.* 14, 6; L. 4, *quae res pignori,* 20, 3; cc. 7, 9, Cod. *h. t.*; c. 4, Cod. *de cond. ex lege,* 4, 9.

aver luogo prima del pagamento del danaro. Di questo caso si parla in un passo (pag. 109) di *Gaio* (IV, § 116) (23). E qui ognuno trova naturale che se in forza della eccezione sorge la questione: *an pecunia numerata sit*, l'attore, non ostante abbia per sè la stipulazione, debba dimostrare il successivo pagamento. Ma se anche la stipulazione riferivasi ad un pagamento contemporaneo al rilascio, essa non avea una natura diversa. Siccome in questo caso, secondo le idee del tempo classico, non sorgeva mai un debito materiale (§ 15); così la stipulazione non potevasi riguardare come fatta in ricognizione di un debito preesistente. La medesima non era altro che la promessa di debito astrattamente fatta non per un preesistente debito, ma per un debito nascente. Anche qui dunque dovea bastare la negazione del pagamento.

L'eccezione, che rendeva possibile processualmente questa negazione — *exceptio doli*, o concepita *in factum*, *exc. n. n. p.* (V. § 27) — riportava adunque la stipulazione in discorso al punto medesimo, in cui *ipso jure* si trovava la promessa informe di restituzione contenuta nel contratto comune di mutuo: quella, come questa, operavano solo in unione colla dimostrazione del pagamento. Senza però l'eccezione lo stipulante era esonerato da quella dimostrazione, non perchè questa dimostrazione dovesse intendersi fatta colla stipulazione, ma perchè non si aveva riguardo alla domanda: *an pecunia numerata sit?*

VIII. Sulla stipulazione rilasciavasi ordinariamente un documento *(cautio)*, il quale nel tempo stesso indicava il rapporto della prima alla sua *causa*. Sotto questo rapporto bisogna distinguere come segue:

1° Il documento riferiva determinatamente la stipulazione ad un debito preesistente. Se per esempio taluno documentava aver promesso una somma, come dovuta per un delitto, un testamento, un contratto consensuale, non potevasi in tutti questi casi dubitare che con ciò erasi riconosciuto effettivamente un debito perfetto. Della stessa natura era quel documento, che riferivasi ad una prestazione reale fatta in un tempo determinato precedente. Poichè anche documentando in tal maniera una stipulazione (p. es. « per danaro preso a prestito nell'anno passato ») si accennava ad un debito talmente perfetto (V. pag. 59), che è del tutto impossibile immaginare che i contraenti avessero avuto in mente un prestito non ancora eseguito. Non era riservato che ai giuristi recenziori lo scorgere nelle fonti la strana dottrina che anche un tal documento « nulla prova dentro due anni »! In questi casi dunque — li chiamerò i casi della genuina causa *praecedens* — il documento di stipulazione, in base al riconoscimento che lo sorreg-

---

(23) Questo caso nella sua purezza apparisce anche nel c. 7, Cod. *h. t.* (Alex. Severus): « *Si quasi accepturi* (sia come tali che presto supponete dover ricevere il danaro) *mutuam pecuniam adversario cavistis* (sia mediante stipulazione) *quae numerata non est, per condictionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis.* »

geva, non era impugnabile che secondo i principii della *condictio indebiti*. La stipulazione rendeva inutile la dimostrazione del debito (*m*).

2° Viceversa il medesimo documento di stipulazione, segnatamente nel caso che gli stesse a fondamento una prestazione reale, poteva riferirsi alla medesima nel senso che dovesse ancora effettuarsi. Allora era evidente che doveasi, nella forma dell'*exc. n. n. p.* concedere al promittente di affermare che il pagamento del danaro non era avvenuto, come ancora che lo stipulante non poteva esonerarsi, coll'allegare il documento, dal peso della prova che gl'incombeva. Il documento di debito dunque, il quale non indicava che una stipulazione nuda, era reso pienamente inefficace dall'eccezione. Che secondo il diritto romano si possano immaginare documenti di debito, nei quali si dica addirittura che il danaro (non ancora) sia stato pagato, e ciò non ostante, per sottrarsi al debito di restituzione, siasi avuto bisogno di una *exceptio* (di una concessione espressa per far valere in giudizio l'esonero dal pagamento) nessun dubbio può sorgere secondo la dottrina della stipulazione, per quanto pochi sieno i giuristi moderni che ciò abbiano compreso. A rilascio di un tal documento inoltre — anche prescindendo dalla predilezione romana di surrogare la stipulazione ai contratti materiali — contribuivano diverse circostanze. Poteva importare al creditore di accertare con documenti preventivamente le condizioni del prestito, il termine nel quale dovea farsi la restituzione, l'ipoteca della sua assicurazione ecc. Quindi era naturalissimo appoggiare immediatamente l'obbligazione stessa su di una stipulazione (23 *a*). Era poi indispensabile la stipulazione se vi dovevano essere gli interessi; disposizione la quale si è mantenuta fino al diritto *Giustinianeo* (24). Se dunque il creditore voleva essere sicuro di ritrarre gl'interessi dal capitale, egli dovea insistere che la stipulazione sugl'interessi, colla quale naturalmente si connetteva anche quella sul capitale, precedesse il pagamento, specialmente quando per avventura il creditore od il debitore non intervenendo personalmente si facevano rappresentare da un terzo nell'atto del pagamento (25).

3° Tra i due casi finora considerati — la *causa praecedens* e la *causa futura* — vi è un caso di mezzo, che noi chiameremo della *causa praecedens*

(23 *a*) Lo stesso accade oggigiorno nei documenti di debito giudiziali i quali spesso vengono concepiti come segue: « Sono comparsi davanti il tribunale N. N. e la sua moglie e dichiararono che X ha loro promesso un prestito di... talleri. Essi si obbligherebbero a prestare gl'interessi di questa somma al 5 per cento, e di restituire il capitale dopo cinque anni, e concederebbero per garantia del pagamento la seguente ipoteca ecc. » Una tale scritta di debito corrisponde in tutto e per tutto alla stipulazione in discorso.

(24) CC. 3, 7, Cod. *De usuris*, 4, 32. Cfr. SAVIGNY, *System.*, VI, pag. 130.

(25) Com'è noto non si poteva stipulare per interposta persona; SAVIGNY, III, pag. 95.

impropria, nel quale cioè facevasi menzione, in uno strumento, di prestazione come semplicemente avvenuta senza riferirla ad un tempo determinato. Anche qui sembra a prima vista esistere un debito perfetto. Però l'esperienza dimostrò che in tal guisa potevansi anche rilasciare documenti di debito, nei quali facevasi astrazione da un pagamento contemporaneo od anche successivo (26). Non potevasi dunque escludere la possibilità che il documento fosse stato anticipato, che gli fosse servito di fondamento non l'effettiva ricognizione di un debito supposto preesistente, ma l'apparente ricognizione di un debito ancora atteso. Sarebbe stata una ingiustizia limitare il debitore per l'impugnazione della stipulazione per debito erroneamente supposto all'*exc. indebiti;* gli si dovea permettere ancora di negare il ricevimento del danaro, come esso appariva nel documento. Se il ricevimento medesimo non era seguito, appariva per lo meno incerto, se non forse il documento era stato rilasciato in attesa del pagamento; e questa incertezza dovea naturalmente risolversi contrariamente allo stipulante.

La forma con cui il convenuto, di fronte alla stipulazione, faceva valere la sua negazione era di nuovo la medesima *exc. n. n. p.* La sua concessione nel caso in discorso avea dunque il significato che la *causa* dichiarata nel documento non poteva essere riguardata come pura ricognizione. L'eccezione metteva anzi lo stipulante nella condizione di dover dimostrare il fondamento materiale del debito, non ostante la stipulazione. Che però essa abbia distrutto la naturale forza probante della dichiarazione contenuta nel documento, non solo non vi ha ragione alcuna per ritenerlo, ma una tale opinione contraddice a tuttociò che altrimenti noi sappiamo del diritto romano. Io credo quindi di poter affermare che in seguito alla *exc. n. n. p.* dovea bensì lo stipulante dimostrare la *causa* materiale del debito; però per questa prova poteva egli trarre profitto dalla dichiarazione del debitore contenuta nello strumento. Poichè la dichiarazione medesima dimostrava già che il debitore non avrebbe rilasciato il documento facendo astrazione dal pagamento.

La forza probante della dichiarazione era però semplicemente materiale; essa limitavasi perciò al contenuto di fatto dello strumento da ritenersi vero. Se in esso il debitore avea dichiarato di aver ricevuto danaro dal creditore, non potevasi concludere che ad un pagamento fra creditore e debitore avvenuto prima o contemporaneamente alla stipulazione. Se questo fatto veniva confutato da una controprova, lo strumento anche come mezzo di dimostrazione era senza effetto.

La necessità di ammettere una tale impugnazione mediante semplice controprova dovea risultare tanto più evidente da che una impugnazione di tali documenti dal punto di vista della genuina *causa praecedens* (cioè della *exceptio indebiti*)

---

(26) Forse il pensiero di ciò fu ancora favorito dal di sopra accennata fraseologia dei Romani (pag. 133, nota 7).

era solamente possibile in casi rarissimi, poichè non si può errare facilmente ed in maniera scusabile sul fatto d'aver taluno ricevuto o no danaro a prestito nel passato (*n*).

IX. Nei rapporti descritti il creditore trovavasi in non piccolo pericolo. Questi avea forse ricevuto la promessa ed il documento effettivamente per anticipazione, però poteva aver pagato posteriormente colla fiducia su di esso documento senza curarsi di altro mezzo di prova; appunto come oggigiorno non si ha difficoltà a pagare avendo fra le mani un'obbligazione o una quietanza. Se ora accadeva che il danaro non veniva pagato fino al rilascio del documento, e che per conseguenza fosse falsa la dichiarazione di ricevimento come precedentemente avvenuto, il creditore di fronte alla *exc. n. n. p.* mancava di ogni prova del pagamento fatto; sicchè il documento di stipulazione diveniva per lui inutile. Noi possiamo anche supporre che, come presso di noi, spesso veniva indicata come causa un ricevimento di danaro contante, mentre il rapporto erasi sviluppato in altra guisa meno semplice (27). Materialmente però il documento di stipulazione non era meno efficace (28). Eppure nel tempo stesso che fa capolino il termine apposto all'eccezione, vediamo sorgere la dottrina che anche senza stipulazione un debito preesistente può cangiarsi in *creditum* (29) (Cfr. § 62 *a*) (*o*). Processualmente però un tal documento subì una debolezza segreta. Mentre cioè il creditore nel dichiarato pagamento (per altro finto) credeva di trovare il più sicuro fondamento, fu egli anche in questo caso sorpreso dall'*exc. n. n. p.* Se il debitore dimostrava ch'egli non avea ricevuto il danaro, come dicevasi nel documento, il creditore non poteva salvare il suo diritto che dimostrando anche una volta un altro fondamento materiale dello stesso; il documento era diventato per lui inutile (30). In breve a me pare che sorgessero inconvenienti simili a quelli altra volta descritti (§ 62) (*p*),

---

(27) A ciò alludono: L. 40, D. *De minor.*, 4. 4; L. 3, § 3, D. *De S. C. Mac.*, 14, 6; cc. 6 ed 8, Cod. *Si cert. pet.*, 4, 2; c. 3, Cod. *De postul.*, 2, 6; c. 2, Cod. *De dote cauta non num.*, 5, 15; c. 21, Cod. *De solut.*, 8, 43; c. 5, *h. t.*; c. 3, Cod. *De plus petit.*, 3, 10; c. 4, *De cond. ob caus. dat.*, 4, 6; L. 9, § 9, L. 32 D. *De reb. cred.*, 12, 1; L. 5, D. *Quod jussu*, 15, 4.

(28) C. 6, Cod. *Si cert. pet.*: «... *falsa mutuo datae quantitatis demonstratio praemissa, cum obligationis substantia non defecerit... nihil nocet...*» (cfr. p. 158).

(29) L. 15, D. *De reb. cred.*, 12, 1.

(30) Una simile applicazione dell'*exceptio*, ci viene data dal c. 3, Cod. *De postul.*, 2, 6. Un tale avea promesso ad un suo avvocato un onorario superante la misura legale, ed avea rilasciato una *cautio* in cui si accennava ad un mutuo. Egli domandò se poteva valersi dell'*exc. n. n. p.* Gordiano (a. 241) risponde di sì pel caso che il termine non sia scorso. In seguito all'opposta eccezione, cioè, il possessore della *cautio* sarebbe stato costretto a venir fuori col vero motivo della sua pretesa ed essendo esso un fatto illecito non avrebbe potuto sostenerla. Qui

i quali facendosi sentire al senso pratico dei romani, la *exc. n. n. p.* non poteva ad essi apparire che come un istituto assai pericoloso (31). Il pericolo del creditore crebbe colla lunghezza del tempo ch' era passato dalla conclusione del contratto (32). D' altro canto non si poteva disconoscere che se il debitore era rimasto quieto per molto tempo sulla stipulazione conclusa ed avea rilasciato una *cautio* al creditore, vi era grande verisimiglianza ch' egli era stato soddisfatto del suo avere (33). E per verità un debitore, che col lungo silenzio lasciava intorbidarsi il rapporto giuridico, non meritava alcun riguardo (34). Queste considerazioni, le quali erano occasionate dal crescente abuso dell' eccezione, fecero sì che non si reputasse più conforme all' *aequitas* il concedere l' eccezione quando un lungo tempo si era passato (*q*). Così si ricorse al diritto formale, ponendo la tesi: *exceptionem n. n. p. post multum temporis opponi non posse;* tesi che fu riconosciuta dalle costituzioni imperiali (rescritti) ed elevata a diritto positivo (35). Questa limitazione estensiva corrisponde all' intensiva, la quale si contiene negli stretti principii della *condictio indebiti* per l' impugnazione della *causa praecedens;* ambedue formano il peso di ritegno che si attacca al diritto dell' *aequitas* e gli impedisce di cadere.

Il primo cenno di una apposizione di termine all' eccezione si trova nel c. 8, Cod. *h. t.* (36) dell' ultima costituzione dell' imperatore Alessandro Severo in questo titolo. Noi dunque possiamo ritenere che verso la fine di quell' impero fu introdotta quella disposizione. La modificazione in discorso del diritto esistente non era così importante da non potersi introdurre mediante rescritti. Le eccezioni contennero mai sempre un diritto piuttosto libero, il quale come poteva essere

---

dunque l' imperatore consiglia di valersi della natura fallace della eccezione per portare alla luce un fatto illecito, però la natura medesima della eccezione non sarebbesi cangiata se a fondamento della *cautio* si fosse trovato un fatto lecito.

(31) « *Cavillationis istius perdat obstaculum* » si dice nel c. 4, Cod. Theod., 2, 27. *Cavillatio* significa sofisticheria, tranello.

(32) Nov. 100: «... *Neque enim aequaliter semper probationes suppetunt illis qui eas dare volunt, multas vero tempus quoque repudiat* (secondo *Hombergk*)...».

(33) «... *Temporis spatio, gesto negotio consensum ac fidem accomodat...* » dice il c. 3, Cod. *de postul.*, 2, 6.

(34) Nov. 100: «... *Exceptiones non num. pec. leges nostrae indiscussas non reliquerunt, sed longum et effusum tempus contraximus, ne homines negligentia sua aut forte dolo, ut in negotiationibus, fruantur, aliisque negotia facessant...* ». Ciò che qui si dice dell' accorciamento del termine può valere anche per la sua prima introduzione.

(35) Cfr. segnatamente il tit. Inst. *De lit. oblig.*, 3, 22.

(36) Al principio di questo passo le parole « *legibus definitum tempus* » sono probabilmente interpolate per stabilire una relazione alla Costituzione di Giustiniano, c. 14, Cod. *h. t.*

conceduto così poteva essere negato per i motivi dell'*aequitas*. Io ritengo che il « *multum temporis* » primieramente (ossia dopo le naturali oscillazioni che doveano verificarsi nella prassi al primo introdurre della limitazione) era di cinque anni. Invece *Gneist* ed altri molti affermano che l'eccezione sia stata introdotta dapprima solo per un anno. Questo primo apparire della limitazione a breve termine dovrebbe portare all'idea del « beneficio della prova ». Quell'affermazione poggia sopra una costituzione mutilata del codice Ermogeniano che suona come segue:

« *Aurelius* (37) *Alexio. — Ex cautione* (da emendarsi: *exceptionem n. n. p. non anni sed quinquenni spatio deficere nuper censuimus. Scripta VII id. April. Sirmio, Caes. A. Con.* ».

Però non è necessario supporre che questo rescritto abbia portato un cangiamento al diritto esistente. Forse da principio i giuristi non erano d'accordo sulla fine del « *multum temporis* »; mentre alcuni volevano che avvenisse immediatamente dopo un anno, ed a questa opinione erasi riferito il supplicante; l'imperatore invece fece rimando ad un rescritto, in cui egli avea già acceduto ad una opinione meno rigorosa. Forse trattavasi di correggere una opinione erronea del supplicante medesimo (38), il quale partiva dalla supposizione che il rescritto avesse limitato la eccezione ad un anno. Una simile interpretazione deve preferirsi perchè motivi preponderanti si oppongono a ritenere l'originaria opponibilità annuale dell'eccezione. Primieramente è contrario al progredire lento sì ma continuo del diritto romano che un istituto giuridico dapprima si limitasse ad un anno, poi si estendesse a cinque e finalmente si riducesse a due. Secondariamente si oppongono le Istituzioni (3, 22) ed il c. 14, Cod. *h. t.*, che parlano solo di cinque anni, mentre Giustiniano, se la sua costituzione si fosse maggiormente avvicinata al diritto anteriore, a mala pena avrebbe lasciato di vantarsene. Le Istituzioni hanno poi un parallelo speciale nella L. 1, § 13, *De separat.* (42, 6).

« (*Ulpianus*): *Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium non postuletur.* »

Anche pel *beneficium separationis* erasi da principio stabilita la tesi: *post multum temporis impetrari non posse*, ciò che la prassi limitò a cinque anni; l'ordine dello sviluppo è manifestamente simile (*r*).

Colla limitazione ad un certo tempo l'eccezione in discorso si specializzò grandemente. Si sentì allora il bisogno di distinguerla dal concetto generale della *doli exceptio*, a cui apparteneva pel suo significato giuridico. A questo scopo serviva il concepirla ordinariamente *in factum*, e quindi, attesa questa concezione, il nome *exc. n. n. p.* diventò sempre più esclusivo.

---

(37) Non si sa chi sia questo imperatore, poichè la denominazione non quadra a nessuno. Il principio è manifestamente corrotto. [Sta forse invece di: Alexander Aurelio ?] Cfr. Gneist, p. 17.

(38) Lo stesso avviene spesso, p. es. c. 39, Cod. *De transact.*, 2, 4; c. 12, Cod. *De fidejuss.*, 8, 41.

Si aveva dunque una eccezione *sui generis*, la quale era soggetta ad una specie di prescrizione. Poichè però non era nella facoltà dell'eccipiente il quando dovesse valersi dell'eccezione (39), così perchè quella prescrizione non diventasse una lesione, era necessaria ancora una disposizione speciale. Quindi all'emittente della *cautio* fu dato il diritto di perpetuare l'eccezione (40), mediante una protesta fatta con certe formalità (*contestatio, denunciatio*, chiamata anche semplicemente *querela non num. pec.*).

X. L'ultima fase della storia dell'*exc n. n. p.* ha il suo fondamento non in un cangiamento della stessa, ma invece del suo sostrato. È stato detto (§ 36, p. 149) come fra i documenti di stipulazione e le semplici scritte di debito corse un'assimilazione negli ultimi tempi dell'epoca imperiale nel senso specialmente che anche le semplici scritte di debito furono assoggettate all'*exc. n. n. p.*

Se noi studiamo la posizione che prendeva l'eccezione di fronte a tali scritte di debito, dobbiamo credere che anch'essa fosse diretta contro l'atto della volontà intesa alla costituzione del debito e contenuta nello scritto. Quest'atto della volontà non è per avventura una finzione, ma si contiene veramente nel rilascio del documento (§ 58 e segg.). Solo ciò è nuovo che a questo atto della volontà si annette una forza di obbligazione senza la forma positiva della stipulazione. Accanto a questo atto della volontà (promessa espressa o tacita di pagamento) la dichiarazione di ricevimento rientra nel rapporto di una testimonianza sulla *causa*. Come tale essa dichiarazione è soggetta a semplice controprova, la quale, a senso del sistema formulare, non poteva essere concessa al convenuto che mediante l'*exc. n. n. p.* In questa sua efficacia positiva coincideva evidentemente tale impugnazione mediante l'*exceptio* pienamente con quella impugnazione, a cui in via di semplice controprova soggiaceva la scritta di debito anche per tutto il tempo che la si considerava come semplice mezzo di prova (41). Una differenza non si scorgeva che in ciò che mentre la controprova anteriore era illimitata nel tempo, la più recente basata sulla eccezione, non era più concessa dopo la decorrenza del termine stabilito per questa.

L'applicazione dell'eccezione a semplici scritte di debito si risolveva praticamente nella tesi: *dopo un termine stabilito le scritte di debito non possono essere più impugnate per la ragione di un rilascio anticipato.* Con questo lato negativo della cosa sorse chiara la natura giuridica della eccezione ed il

---

(39) Sicuramente l'emittente la *cautio* poteva anche farsi attore colla *condictio;* però colla limitazione dell'eccezione non lo si voleva costringere a prendere le parti dell'attore.

(40) CC. 8, 10, 14, § 4, Cod. *h. t.;* c. 4, Cod. *De cond. ex lege*, 4, 9.

(41) La distinzione processuale, per cui l'impugnazione mediante l'*exceptio* poteva recarsi solamente davanti il pretore, ed *in judicio* come semplice controprova, avea perduto naturalmente ogni importanza col sistema formulare.

pensiero che la informa di una forza formale di obbligazione della scrittura (della obbligazione letterale); ed è quindi naturale che appunto in questo stadio noi incontriamo nelle Istituzioni (3, 22) quel pensiero nettamente formulato, come anche nella parafrasi di Teofilo a questo passo.

Non è possibile, come si trovano le cose, stabilire più esattamente fin da quando l'*exc. n. n. p.* sia stata trasferita ai semplici documenti di debito. Ragioni intrinseche ci determinano a credere che questo trasferimento non ebbe luogo che dopo l'abolizione del sistema formulario, non prima dunque di Diocleziano (§ 36, p. 146) (*s*). I rescritti fino a Diocleziano pongono l'eccezione regolarmente di fronte ad una *cautio*, o parlano in modo da riferirsi più o meno determinatamente a documenti di stipulazione (42). Solo un rescritto di Diocleziano sembra presupporre già l'applicabilità dell'eccezione alle semplici scritte di debito; esso è dell'anno 293 (c. 5 *si cert. pet.*, 4, 2). Poichè nella prima parte si dispone l'impugnabilità dei documenti stipulatorii, quando non sia stato pagato il danaro, sotto la condizione: « *si intra praestitum tempus reigestae quaestionem detulistis...* » continua l'imperatore: «... *Ac multo magis inanem timorem geritis, si, pecunia numerata, oleum susceptum in strumento sit collatum: cum, si reddendi stipulatio nulla subjecta est et* HUJUS REI EST HABITA SOLEMNIS CONTESTATIO, *in suo statu remanente eo quod vere factum intercessit, ex olei accepti scriptura nihil deberi, manifestum est* ». Le parole sotto lineate sembrano accennare alla protesta necessaria alla conservazione della *exc. n. n. p.* (43); però, l'accenno di questa protesta per un documento di debito senza stipulazione presuppone l'applicazione già fatta a questo della *exc. n. n. p.* Se ora quelle parole hanno di fatto il significato in discorso, sembrami del tutto verisimile che quelle siano state interpolate nel senso del diritto Giustinianeo; per schivare cioè un *argumentum a contrario*, per cui altrimenti dalla prima proposizione del rescritto si sarebbe potuto concludere alla non applicabilità dell'eccezione a semplici scritte di debito. L'antitesi originaria risulta però ancora dalle parole in principio della seconda proposizione « *ac multo magis.* »

Da Diocleziano fino a Teodosio ci mancano notizie sull'eccezione e la sua applicazione. Appunto in questo tempo sembra essere essa stata applicata anche a scritte di debito. Nel capo *un. Cod. Theod. si cert. pet. de chirographis* (2, 27)

---

(42) Il c. 6, Cod. *De compens.*, 4, 31, paragonato col c. 1, Cod. *rer. amot.*, 5, 21, ci fa vedere come dalla mancanza di espresso cenno della stipulazione, specialmente nei rescritti, non si possa dedurre la sua assenza. I due capi sono stati presi dal medesimo rescritto. Ma noi non veniamo a sapere che eravi una stipulazione, se non col c. 1 citato mediante le parole finali, che mancano nel c. 6.

(43) Cfr. c. 4, Cod. *De cond. ex lege*, 4, 9, dove una espressione simile si riferisce indubbiamente alla protesta.

troviamo già pronunciata la limitazione di tempo caratteristica per l'applicazione dell'eccezione all'effetto d'impugnare i *chirographa* in generale.

§ 4. « *Sin vero suam quidem manum fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro hac obligatione caussetur, tunc chirographi discuti oportebit aetatem, ut si jure delata contestationibus tempora debitor taciturnus exegit, cavillationis istius perdat obstaculum* ».

In una maniera del tutto certa ci occorre l'applicabilità dell'*exceptio* a semplici documenti di debito nelle Istituzioni di Giustiniano al titolo *de lit. oblig.* (p. 150). Colle parole « *cessante scilicet verborum obligatione* » si riconosce che per l'applicazione della eccezione è indifferente, se il documento di debito contiene o no la clausola stipulatoria (*t*).

XI. Se ora ricerchiamo il campo dei negozii giuridici che venivano assoggettati all'eccezione nel suo significato primitivo (*u*), pare del tutto evidente che questo campo non poteva essere positivamente circoscritto; che anzi la eccezione si applicava sempre quando si poteva immaginare una stipulazione anticipata, secondo le naturali regole del commercio, all'effetto di dar vita materialmente all'obbligazione. Come abbiamo veduto, ciò si verificava segnatamente quando la stipulazione era destinata a servire di scambio con una prestazione reale. Se la stipulazione era documentata e nel documento si faceva menzione della *causa*, sorgeva l'altra questione: come dovea essere concepita la menzione della verificazione della *causa* per poter far luogo al pensiero ch'essa ciò nonostante era anticipata? A questo proposito io ho già manifestato il mio parere nel senso che ciò potevasi ragionevolmente supporre allora solo che la prestazione reale fosse stata ricordata come semplicemente avvenuta non però quando veniva espresso, ch'essa erasi verificata in un passato determinato. Di fronte ad una attestazione dell'ultimo genere, l'affermazione del non pagamento del danaro poteva farsi valere solo per ragione di *errore* o di *simulazione:* mezzi che sono del tutto distinti dall'*exc. n. n. p.* Si presenta infine una terza questione, se anche in tutti i casi nei quali era originariamente applicabile l'eccezione, la medesima sia stata assoggettata a quel termine particolare; e in questo rapporto si può fare la questione sulla portata dell'*exc. n. n. p.* nel senso più stretto. Mentre nel nome *exc. n. n. p.*, a cui si riferisce quel termine, non si contiene in sè limitazione alcuna, poichè la parola « *pecunia* » designa spesso oggetti di tutte le specie (44); per motivi intrinseci però io ritengo verisimile che il termine fu introdotto solo per i casi, in cui la prestazione reale era connessa col passaggio di proprietà (45); poichè il commercio

---

(44) Gaius, III, § 124; L. 222, *De verb. signif.*, 50, 16; c. 2, *De const. pec.*, 4, 18. Anche Giustiniano nel c. 14, *h. t.*, parla di « *pecuniae vel aliae res.* »

(45) Concorda anche l'espressione del c. 14, Cod. *h. t.*: « *pecuniae vel aliae res numeratae vel datae.* »

speciale da cui derivavano i sopra descritti pericoli (sopra n. IX) non suole verificarsi nei contratti reali non connessi col passaggio di proprietà. Perciò l'*exc. n. n. p.* soggetta a termine ha la sua sede originaria nei casi del *creditum* nel senso più stretto. Non si comprende solo il mutuo e la *dos* ma vi appartengono tutti i versamenti obbligatorii; così le anticipazioni che venivano date al mandatario o socio (p. 37), il rilascio all'effetto del quasi usufrutto (p. 59) la *locatio conductio irregularis* e prima di Giustiniano anche il *depositum irregulare* (46).

I documenti relativi a versamenti liberatorii hanno la stessa ambigua natura dei contratti di mutuo. Anche in essi si può immaginare un rilascio anticipato e perciò la necessità di permettere contro di essi una semplice controprova; ma anche qui havvi il pericolo di soggiacere ad un inganno in seguito a questa controprova. Se non pertanto non si trova originariamente ad essi applicata l'*exc. n. n. p.*, la semplice ragione ne è che l'atto formale romano di quitanza, l'*acceptilatio*, secondo il suo collocamento processuale era incapace d'impugnazione per eccezioni (replica); anzi l'*acceptilatio* poteva solo distruggersi colla *condictio ob causam non secutam* (p. 118). L'applicazione quindi dell'*exc. n. n. p.* a scritte di accettilazione era un'impossibilità processuale finchè durò il sistema formulare. Materialmente al contrario i principii della *exc. n. n. p.*, segnatamente il suo termine, trovarono probabilmente, tostochè essa diventò diritto positivo, applicazione alla *condictio acceptilationis ob causam non secutam*, nel modo stesso che alla *condictio obligationis* (47). Coll'abolizione del sistema formulare sparirono però le ragioni processuali, le quali riducevano l'impugnazione dell'accettilazione ad un'azione indipendente. Se l'attore appoggiava la sua azione alla stipulazione originaria, il convenuto opponeva l'accettilazione e l'attore eccepiva alla sua volta che quest'ultima erasi verificata *ob causam non secutam*, perchè doveva ora il giudice, il quale non era più tenuto ad osservare alcuna formola, non dare ascolto all'attore in questo processo, e rinviarlo ad una *condictio* speciale la quale in fondo avea lo stesso fondamento giuridico (48)? Siccome dunque nel nuovo procedimento l'accettilazione stessa prendeva la forma di una eccezione nel senso moderno, così poteva impugnarsi anche in via di replica, di una replica cioè di *n. n. p.* Arrivati a questo punto era anche più facile il passaggio da scritte di accettilazioni a semplici quitanze che non fosse quello da documenti di stipulazione a semplici scritte di debito. Poichè l'*acceptilatio* portava già nella

---

(46) Per diritto moderno vi si deve annoverare anche la prestazione di cauzione in danaro.

(47) Cfr. c. 4, Cod. *De cond. ex lege*, 4, 9.

(48) § 35, Inst. *De act.*, 4, 6. « *Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur...* »

sua forma *(acceptum fero)* l'attestazione di ricevo ossia la causa; cosicchè fu solo d'uopo di abbandonare alcune solennità per ridurla semplice quitanza. L'applicazione dell'eccezione alle quitanze si verificò dunque indubbiamente nell'epoca susseguente a Diocleziano (49), contemporaneamente e nello stesso modo che rispetto alle scritte di debito; non cioè mediante leggi positive, ma per forza dell'idea, la quale avea abolito l'importanza delle *verba solemnia*. È assurdo che Giustiniano abbia pel primo applicato l'eccezione alle quitanze; poichè quando si crea, non si suol parlare, come avviene nel c. 14, Cod. *h. t.*, di « *amputare et brevi tempore concludere.* »

XII. Giustiniano aveva la tendenza generale, d'altronde in sè ragionevole, di corroborare la prova dei documenti (50). Questa tendenza fu messa da lui in atto colla sua legislazione sulla materia in esame. Sembra che non gli fosse lontano il pensiero di togliere addirittura l'eccezione per le dichiarazioni di ricevo, poichè nessuno è costretto di attestare contro di sè come avvenuto, un ricevo il quale è ancora in aspettazione (51). Però si contenne dal procedere tanto oltre e preferì di escludere l'eccezione solo in certi casi e di accorciarla in altri. Il c. 14, Cod. *h. t.* (52) comincia quindi colle parole:

« *In contractibus in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem objicere possit qui accepisse pecunias vel alias res strictus sit, vel successor ejus; sed intra solum biennium continuum: ut eo elapso nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci possit...* »

Giustiniano non credè negare l'eccezione neppure ai documenti di dote perchè:

---

(49) Fino a Diocleziano non si trova nelle Costituzioni, le quali si occupano della impugnazione di rilasciate quietanze per ragione di anticipazione (cc. 6, 13, 21, 23, Cod. *De solut.*, 8, 43), alcuna traccia di una limitazione di tempo a questa impugnazione, dove si troverebbe la caratteristica del diritto di *exceptio* applicata alle quitanze. Pel tempo successivo ci mancano notizie.

(50) Cfr. c. 4, § 2, Cod. *De rec. arbitr.*, 2, 56; c. 18, Cod. *De test.*, 4, 20; c. 17, c. 19, Cod. *De fide inst.*, 4, 21; C. 23, Cod. *ad S. C. Vell.*, 4, 29; C. 14, Cod. *De contr. stipul.*, 8, 38; Nov. 90, c. 2.

(51) Così esprimesi Giustiniano nelle parole finali del c. 6, Nov. 136 (Vedi sotto XVIII).

(52) Questa Costituzione è manifestamente una frazione di altra più estesa, alla quale appartenevano anche il c. 3, *De dote cauta non num.*, 5, 15; c. 21, *De episc. aud.*, 1, 4; c. 14, *De apoc. pub.*, 10, 22; forse anche il c. 17, *De fide inst.*, 4, 21; il c. 18, *De test.*, 4, 20; e il c. 33, *de donat.*, 8, 54. Tutte queste costituzioni di contenuto affine portano una data la quale varia fra Kal. Jun. e Kal. Jul. (528), nel qual rapporto sono molto facili gli errori di scrittura.

«... *(dotes) datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est cum adhuc nulla datio sed pollicitatio tantum subsecuta sit* (53)... ». Ciò però non vuol dire che perchè spesso avviene che la dote venga attestata come ricevuta negli strumenti dotali mentre è solo promessa, la dichiarazione di ricevo non debba nulla provare, ma per l'esposto motivo deve ammettersi in generale la controprova.

Al contrario credette Giustiniano di poter escludere affatto l'eccezione per alcuni casi. Tali sono: scritte di debito intorno al deposito; quitanze di pubblici tributi; quitanze che vengono rilasciate sul ricevo della dote dopo la stipulazione degli strumenti dotali. In questi casi non si deve dare ascolto all'affermazione che taluno abbia *anticipando* rilasciate dichiarazioni di ricevo senza ancora avere ottenuto la relativa prestazione. Sono ovvii i motivi di questa disposizione. Il depositario, se è onesto, non ha interesse alcuno nel deposito; egli può adunque quietamente aspettare che il deponente faccia precedere il fatto del deposito e non ha bisogno di anticipare la dichiarazione. Se lo fa, imputi a sè stesso se non sarà ascoltata in processo la sua affermazione (54). Considerazioni simili possono immaginarsi relativamente agli altri due casi eccezionali. La disposizione riguardo alle quitanze fiscali rientra in una serie di costituzioni anteriori, le quali hanno tutte per iscopo di assicurare la prova dei pagamenti fatti al fisco (55). La preferenza data alle quitanze dotali si riferisce al favore in generale concesso alla *dos*.

Inoltre Giustiniano accorciò i termini delle eccezioni per i casi nei quali era concessa, riducendoli per le scritte di debito in generale a due anni (*v*), per le quitanze a 30 giorni (*w*), per le dichiarazioni di ricevo sulla dote ad un anno, dopo lo scioglimento del matrimonio (56), al quale ultimo termine egli posteriormente (nov. 100) sostituì diversi altri termini, secondo la durata del matrimonio (*x*). S'intende da sè che colla decorrenza di questi termini (siccome nei casi eccettuati fin dal principio) dovea cadere ogni impugnazione derivante dall'*exc. n. n. p.* La

---

(53) C. 3, *De dote cauta non num.*, 5, 15. Questa costituzione trovavasi originariamente tra il principio e il § 1 del c. 14, *h. t.*, sicchè le « *securitates quae post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote exponuntur* » ricordate nel § 1 cit., facevano antitesi ai *dotalibus instrumentis* ricordati nel c. 3.

(54) Questo rigore è in istretto rapporto con altre disposizioni riguardanti il deposito. Cfr. c. 11, Cod. *depos.*, 4, 34; C. 14, § 1, Cod. *De compens.*, 4, 31.

(55) C. 1, § 1, cc. 2 e 3, Cod. *De apoch. publ.*, 10, 22; c. 2, Cod. *de discuss.* 10, 30; c. 2, § 1, Cod. *De quadr. praescr.*, 7, 37; c. 11, Cod. *De suscep.*, 10, 70.

(56) Dapprima fu stabilito il termine di cinque anni colla decorrenza dalla data dell'istrumento dotale, nel quale era contenuta la stipulazione della restituzione della dote. Per un matrimonio di lunga durata quindi la determinazione del c. 14, *h. t.* si risolve in un prolungamento del termine e perciò nella Novella 100 Giustiniano poteva ben dire: « *majusque additamentum factum.* » Ciò contro Gneist, p. 39 e segg.

quistione intorno all'esistenza della causa materiale non dovea avere più luogo di fronte *all'atto della volontà formalmente obbligatoria.* Già il c. 8, Cod. *h. t.* parla chiaramente in questo senso (57). Anche Giustiniano rileva ciò espressamente:

«... *Ut biennio elapso nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci possit* »;

« *Ut si hi (triginta dies) transacti fuerint, eadem securitas a judicantibus omnibus modis admittatur nec ei liceat, qui securitatem exposuit, post excessum memoratorum triginta dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere* ».

La dottrina contraria la quale cerca di spiegare altrimenti queste chiarissime disposizioni non poteva che partire dall'idea, la quale suppone che già durante l'eccezione si è in campo eccezionale, e perciò dovea riuscire difficile il pensare d'imbattersi in una singolarità dopo trapassato quel campo (*x*).

L'impugnazione in discorso non deve tuttavolta essere confusa con l'impugnazione a cagione di *causa praecedens* erroneamente supposta; la quale è affatto indipendente dalla *exc. n. n. p.* (*y*). Il depositario, che afferma di aver rilasciata una scritta di deposito nell'erronea supposizione che questo fosse già avvenuto; il debitore che dice di aver rilasciato la scritta di debito per aver supposto erroneamente il ricevo del prestito, devono essere ascoltati in ogni tempo; poichè la loro difesa non ha che fare colla *exc. n. n. p.* (58). Dello stesso genere è l'affermazione che non sia esistito il debito, su cui fu rilasciato uno strumento di mutuo (58[a]).

Nella sua notoria larghezza dispone poi Giustiniano (59) che, com'è anche naturale, col cessare dell'eccezione, cessi anche il diritto della controprova contro la dichiarazione di ricevo, mediante la delazione del giuramento (*z*). Probabilmente

---

(57) «... *Sin vero legitimum tempus excessit in quaerimoniam creditore minime deducto, omnimodo haeres ejus debitum solvere compellitur* ».

(58) Cfr. §§ 1 e 2, Inst. *De except.*, 4, 13 (pag. 333). Se Giustiniano nelle parole riferite dei documenti sembra far consistere una forza assoluta di obbligazione dopo la decorrenza del termine, ciò si spiega col riflesso che una impugnazione *ex errore* per motivi di fatto si verifica più di rado.

(58[a]) Anche nel caso che il creditore avesse rilasciato una contro dichiarazione pel non pagamento del danaro, l'eccezione relativa non sarebbe limitata dal tempo; poichè una tal controdichiarazione avrebbe non solo l'efficacia di mezzo di prova pel non pagamento del danaro, ma conterrebbe ancora una promessa obbligatoria sospensiva dei diritti nascenti dalla scritta di debito, un vero *pactum de non petendo.*

(59) C. 14, § 3, *h. t.*: « *Illo videlicet semper observando ut in quibus non permittitur exceptionem n. n. p. opponere, vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum, in his nec jusjurandum offerre liceat* ».

egli rilevò ciò perchè già allora, come anche oggi, la delazione del giuramento, pel modo assoluto con cui mediante questo si afferma non essere stato ricevuto ciò che pure si attesta come ricevuto nel documento, è il mezzo più frequente e nello stesso tempo più fallace per paralizzare la prova dell'attore. Se ora noi invertiamo il § 3 citato, esso suona così: « *in quibus permittitur exceptionem non num. pec. opponere, in his et jusjurandum offerre licet* »; cioè (con espressione soggettiva): « chi può opporre l'eccezione (dunque l'eccipiente) può anche deferire il giuramento. » Però non potrebbesi parlare di delazione di giuramento fatto dall'eccipiente durante il termine dell'eccezione, se la dichiarazione di ricevo nulla provasse (60). Finalmente ha Giustiniano prescritto forme determinate per conservare l'*exceptio* mediante la protesta (61). Le dette formalità però non presentano interesse per l'essenza della cosa nel modo stesso delle pene private stabilite per l'uso abusivo dell'eccezione nella Nov. 18 (8). Sotto questo aspetto è giunta la dottrina fino a noi.

XIII. Sono parecchie le antitesi, in cui la dottrina qui sviluppata si pone dirimpetto alla dominante (62). La *exc. n. n. p.* non è per quella dottrina una creazione singolare, ma un istituto giuridico organico. La sua specialità si risolve praticamente nella tesi: dopo un certo tempo non si concede più una controprova contro una dichiarazione di ricevo, nel senso ch'essa sia anticipata. La dottrina dominante invece ha posto la proposizione: le dichiarazioni di ricevo non provano nulla dentro un determinato tempo.

Ma come diversamente la dottrina nostra risolve le difficoltà le quali sorgono giganti contro quella dominante, anche come posta da Gneist! Secondo noi l'*exc. n. n. p.* forma un istituto unitario. La sua direzione doppia apparentemente contro la stipulazione ed i documenti di ricevo si spiega colla posteriore fusione d'ambedue nell'elemento comune di un atto della volontà tendente alla costituzione di una obbligazione. Di fronte a questo atto della volontà l'eccezione apparisce sempre come pura *exceptio* nel senso romano (63), e così giustifica il suo nome ed il suo

---

(60) Tutto ciò trova la sua conferma nella Nov. 136, c. 6. Cfr. innanzi n. XVIII.

(61) C. 14, § 4, Cod. *h. t.;* c. 21, Cod. *De episc. aud.,* 1, 4.

(62) Le antitesi si possono presentare collo schema seguente:

Opinione comune	Opinione nostra
PRIMO PERIODO	
Forza probante e forza obbligatoria nessuna.	Forza probante con forza obbligatoria latente.
SECONDO PERIODO	
Forza probante ma niuna forza obbligatoria.	Forza obbligatoria senza riguardo a forza probante.

(63) L'applicazione dell'eccezione all'accettilazione e quitanza è solo una degenerazione processuale e non tocca il lato materiale della cosa.

trattamento nelle fonti (γ). Essa non intacca mai la dottrina esistente intorno alla prova; poichè l'essere essa concessa dimostra solo che non la forza probante, ma semplicemente viene sospesa la forza obbligatoria dello strumento. Appunto perchè mediante essa lo strumento viene ridotto alla sua forza semplicemente probante, si sentì il bisogno di apporle un termine. Questo è però l'unico lato positivo della cosa, che ha dato all'eccezione il suo carattere speciale (δ). La sua introduzione non rimonta fino al tempo dei più grandi giuristi delle Pandette (64).

Quindi si spiega la specie ed il modo, secondo cui l'eccezione si presenta da una parte nelle Pandette, dall'altra nel Codice e nelle Istituzioni. La rigorosa forza obbligatoria dello strumento dopo la decorrenza del termine non è una singolarità, ma la conseguenza necessaria del termine apposto. La forza dapprima unicamente probante dello strumento richiede una naturale gradazione. Sotto questo aspetto non si è costretti di attribuire a Giustiniano tali creazioni nella teoria delle eccezioni che non si accordano punto colle sue parole e colle sue tendenze. Egli si limita solamente a modificare il diritto esistente con un indirizzo più rigoroso. Ciò vale anche per l'ammissibilità dell'eccezione contro le quitanze (ε).

XIV. Bisogna ora esaminare una serie dei passi relativi delle fonti. Forse si domanderà: com'era possibile, se la dottrina qui esposta è giusta, che le leggi per sì lungo tempo fossero tanto fraintese? Il motivo principale mi sembra consistere in ciò che per questa dottrina manca l'elemento vivificante del diritto delle Pandette. Noi possediamo nel Codice un numero di decisioni isolate appartenenti al miglior tempo, le quali, come tutti i *pregiudizi*, vogliono essere esaminate assai cautamente, nonchè poche generali, e probabilmente spezzate costituzioni degli imperatori posteriori. Questo materiale monco e raccolto senza cura di sorta vuole essere dapprima avvivato colla scoperta di un nesso. Senza cura raccolto appare esso indubbiamente ai nostri occhi moderni, i quali per una teoria inesatta sono avvezzi a non vedere in una scritta di debito altro che un mezzo di prova della cosa in essa attestata; mentre ai tempi di Giustiniano la chiara coscienza della forza obbligatoria della stipulazione, e rispettivamente dello strumento sottentrato in sua vece, era ancora tanto viva che i compilatori potevano appena pensare che colla proposizione che la *exc. n. n. p.* l'onere della prova si devolve all'avversario, si potesse giungere a ritenere insipientemente che non si debba credere ad una dichiarazione di ricevo contenuta in un documento. La mancanza di testi nelle Pandette dovea riuscire tanto più svantaggiosa al modo di vedere moderno, in quantochè la cognizione del processo romano tanto necessaria per questa dottrina non ci fu possibile che ultimamente per mezzo di Gajo, segnatamente per ciò che

---

(64) Più tardi di Paolo e di Ulpiano, vissero solo Modestino, Ermogeniano e Carisio. Tutti e tre però non sono tanto rappresentati nelle Pandette che debba sorprendere il loro silenzio sulla limitazione della eccezione. Forse la prassi precedette un poco la teoria.

riguarda un'idea più chiara sulla natura della romana *exceptio*. Per la quistione se la *exc. n. n. p.* sia una vera eccezione od una negativa *litis contestatio*, questione che ha origine specialmente dalla confusione dei concetti di procedura romani ed odierni, si citano specialmente le parole in principio del c. 9, Cod. *h. t.* (di Diocleziano):

« *Cum ultra hoc quod accepit, re obligari neminem posse constet: etsi, stipulatione interposita, placita creditor non dederit, in factum esse dandam exceptionem convenit...* »

Chi conosce perfettamente la stipulazione non può dubitare del significato di quelle parole. L'obbligazione reale si limitava naturalmente all'importare del prestato. Però invece della promessa di restituire collegata sinallagmaticamente col prestato, potevasi contrarre una obbligazione astratta, mediante la stipulazione. Questa era in sè indipendente dal prestito. Poichè però essa non era che una diversa forma di contratto reale così le fu applicato il diritto dei contratti reali, concedendo una eccezione per mancanza di consegna. Le parole dunque: « *cum ultra hoc quod accepit, re obligari neminem posse constet...* » esprimono la ragione materiale per la concessione dell'eccezione; mentre questa eccezione contro l'azione nascente dalla stipulazione sotto l'aspetto formale, forma appunto l'antitesi alla negazione del « *dare oportere* », alla quale il convenuto poteasi limitare di fronte ad una azione per mutuo.

Noi vogliamo ora considerare le costituzioni sulle quali poggia la dottrina che l'*exc. n. n. p.* distrugge la forza probante del documento di ricevo.

Ecco la specie considerata dal capo 10, Cod. *h. t.*: Mezanzio citò in base ad una *cautio*, colui che glie l'avea rilasciata, e questi affermò di aver pagato il debito già da lunghi anni. L'attore opinava che questa affermazione dovesse ritenersi per inattendibile pel fatto che il debitore avea permesso che la *cautio* rimanesse per anni ed anni nelle mani del creditore, appunto come nel caso eguale è inattendibile l'affermazione di non aver nulla ricevuto sulla *cautio* rilasciata; quindi come per questa ultima affermazione (quella dell'*exc. n. n. p.*), così doveva il debitore essere respinto in rapporto all'affermazione di restituzione « *post multum temporis.* Diocleziano e Massimiano rescrissero:

« *Adseveratio debitum solutum contendentis temporis diuturnitate non excluditur. Nec huic obloquitur, quod exc. n. n. p. certa die non delata querela prius evanescat, cum inter eum, qui factum adseverans, onus subiit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est) et ob hoc ad petitorem ejus rei, necessitatem transferentem, magna sit differentia* ».

Gli imperatori aveano da rigettare una deduzione piuttosto sofistica. E per far ciò contrapposero all'eccezione di pagamento l'*exc. n. n. p. secondo il suo principio puro*. Che l'*exceptio* come mezzo impugnativo della stipulazione devolvesse allo stipulante l'onere della prova e che appunto questa circostanza desse

occasione alla fissazione del termine, ciò corrisponde allo sviluppo anteriormente fatto; come d'altra parte il rimando alla *naturalis ratio* della proposizione: « *negantis probatio nulla est* » (65) non si spiega che dal punto di vista dello sviluppo medesimo; mentre queste parole oppongono un ostacolo insormontabile all'idea del beneficio della prova. Gli imperatori non ebbero occasione alcuna di trattare dell'influenza esercitata, relativamente alla dimostrazione, da una dichiarazione di ricevo contenuta in un documento di stipulazione.

Una seconda costituzione, su cui poggia l'opinione comune, è il rescritto di Caracalla c. 3, Cod. *h. t.*, superiormente citato (p. 110). Anche questo passo s'informa prettamente ai principii dell'eccezione. Le parole: « *si ex cautione tua conveniri cœperis* », secondo l'epoca classica, significano: « se tu sei chiamato in giudizio per una stipulazione »; e rispetto a questa niun dubbio che l'eccezione costringesse l'attore a fare la dimostrazione del pagamento. Forse l'imperatore non entrò punto nella questione come questa dimostrazione dovea farsi. Forse la questione medesima dovea rimanere in disparte perchè il documento non accennava al pagamento del danaro come già avvenuto, o perchè il supplicante presupponeva come indiscusso il rilascio anticipato del documento. Probabilmente l'unica risoluzione, che si chiedeva, era solo se l'*hypotheca data* escludeva l'eccezione.

Un dubbio simile sembra aver dato occasione alla decisione del c. 1, Cod. *h. t.* Anche questa costituzione può indubbiamente ritenersi tra quelle che partono dall'idea che il possessore della *cautio*, in forza dell'eccezione, sia costretto a dimostrare il pagamento. Essa considera la cosa dal medesimo punto di vista. Il senso del passo è in generale assai chiaro. Solo la proposizione di mezzo presenta grandi difficoltà agl'interpreti per l'oscurità delle espressioni. Per noi il suo significato nei dettagli è di così poco interesse che non franca la spesa di addentrarvisi (66). Un'altra costituzione relativa alla materia è il c. 1, Cod. *de dote cauta non numerata* (5, 15): « *Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit: et ideo non ignoras ita demum te ad petitionem dotis admitti posse si dotem a te reipsa datam probatura es* (a. 205) ». Per *scriptura dotalis* s'intende comunemente un documento sul ricevimento della dote, la cui forza probante è qui negata. Mentre l'opinione comune vede in ciò un effetto dell'*exc. n. n. p.*, *Gneist* (p. 35), a cui non fa comodo la data per appoggiare il suo

---

(65) Il senso punto fallace di queste parole è anche dimostrato da un altro rescritto di Diocleziano, c. 23, Cod. *De probationibus*, 4, 19.

(66) Gneist (p. 269 e segg.) si sente costretto ad entrare in una simile discussione perchè la costituzione (dell'anno 197) precede di gran lunga « l'introduzione del beneficio della prova » (a. 215), sebbene sembri di già conoscerlo; Gneist si schermisce coll'osservare che il passo è interpolato secondo il diritto recenziore — ipotesi per lo meno tanto dubbia che non vi si può costruire sopra nulla di positivo. — Cfr. su questo passo anche Huschke nei *Linde's Zeitschr.*, XX, p. 169.

beneficio della prova, giunge all'affermazione particolare « che gl' istrumenti dotali non aveano anteriormente forza probante relativamente alla consegna della dote. » Io penso che la « *scriptura* » significhi una stipulazione annotata nell' istrumento dotale relativamente alla costituzione della dote, o rispetto alla restituzione della medesima. Nel primo caso il passo significherebbe: solo la costituzione reale della dote, non la verbale, dà origine ad una azione per restituzione (67). Nel secondo caso: in base alla stipulazione per restituzione di dote può essa solamente allora essere richiesta quando nello stesso tempo n'è dimostrata la consegna (67[a]). Tutt' e due le spiegazioni danno un senso buono. La prima sembra risponder meglio alle parole; la seconda è favorita dal fatto del trovarsi esso testo nel titolo presente.

Se ora ci volgiamo alle Novelle, come nella Novella 18, c. 8, così nella Novella 100 si parte dall' idea che per l'*exc. n. n. p.*, il possessore della scritta è obbligato a fare una prova onerosa. Nella Novella 18 vengono stabilite delle pene per chi fa quelle eccezioni senza fondamento; mentre la Novella 100 stabilisce i già noti termini per poterla accampare contro il ricevo della dote. Anche queste leggi tacciono della piega che prendeva la cosa in particolare. L'idea a cui s'informano, che cioè l'eccezione trasferisca all'attore l'onere della prova e che questa prova può riuscire gravosa pel creditore, è giusta anche se alle dichiarazioni di ricevo non si attribuisce che semplice forza probante.

XV. Consideriamo ora le leggi che stanno positivamente per l'opinione nostra. Sono da ricordare innanzi tutto due rescritti dell'imperatore Caracalla:

c. 1, Cod. *De cond. ob. turp. caus.* (4, 7): « *Si ex cautione tua conveniri cœperis: nullam pecuniam te accepisse, sed ob turpem causam et quam fieri prohibitum est, interpositam cautionem ei qui super ea re cogniturus est, probandum est: et eo impleto absolutio sequetur* ». c. 2, Cod. *h. t.* « *Minorem pecuniam te accepisse et majoris cautionem te interposuisse, si apud eum qui super ea re cogniturus est, constiterit: nihil ultra quam accepisti, cum usuris in stipulatum deductis, restituere te jubebit* ».

Ambedue i passi partono indubbiamente dal principio che di fronte alla *cautio*, l'emittente debba provare la sua obiezione: *nullam (minorem) pecuniam se accepisse.* Tutti gli sforzi di mettere in armonia questi passi colla dottrina comune non potrebbero essere che infruttuosi (68). *Gneist*, il quale riconosce ciò, batte un'altra via, ritenendo che questi due passi sono anteriori all'introduzione del beneficio della prova. Ora si può ben immaginare che il c. 1 citato abbia trovato posto nel titolo *de condictione ob turpem causam*, per non essersi pensato al cambiamento fatto dall'*exc. n. n. p.* Che però anche il c. 2, *h. t.*

---

(67) Cfr. L. 38, § 1, D. *De pecul.*, 15, 1.

(67[a]) Cfr. L. 52, D. *Sol. matr.*, 24, 3.

(68) Cfr. Gneist, pag. 174.

sia stato per isbaglio posto nel titolo che tratta *ex professo* del supposto beneficio della prova, che esso, se veramente contenesse il diritto opposto anteriore, fosse posto immutato senza transizione tra il capo 1 (il quale, secondo *Gneist*, sarebbe interpolato) ed il c. 3 il quale dovrebbe appartenere addirittura al diritto recenziore; è una cosa tanto strana che il volerla ritenere è proprio far troppo a fidanza colla leggerezza dei compilatori. L'opinione nostra non è necessitata a supporre un altro diritto per le citate costituzioni. Le *cautiones* presentate all'imperatore contenevano le dichiarazioni di ricevo di danaro ed in riguardo a ciò fu rescritto che l'emittente dovea recare la controprova del non pagamento, se voleva sottrarsi all'obbligo di restituire. I compilatori potevano mettere insieme senza difficoltà il c. 2 e 3 *h. t.* perchè l'*exceptio*, come tale, non avea nulla a che fare colla questione della prova.

Un'altra costituzione, la quale accentua la forza probante delle dichiarazioni di ricevo, è il c. 14, Cod. *De solut.* (8, 43) di Diocleziano:

« *Pecuniæ solutae professio collata in instrumento majorem reigestae probationem continet, quam si chirographum acceptae pecuniae mutuae fuisset redditum* ».

Con questo testo è affatto inconciliabile la dottrina, secondo cui le quitanze per lungo tempo non avrebbero avuta forza probante. Una costituzione di Leone, la quale stabilisce la preferenza del *pignus publicum*, c. 11, Cod. *qui pot. in pign.* (8, 18) diceva in principio:

« *Scripturas quæ sæpe assolent a quibusdam secrete fieri... transigendi vel paciscendi seu fœnerandi... gratia seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur... si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus...* ».

Come mai avrebbe Leone potuto definire così generalmente la forza probante dei documenti, tra i quali sono quelli di mutuo, se questi per cinque anni nulla avessero provato?

XVI. Si oppongono indirettamente alla efficacia combattuta dell'*exc. n. n. p.* ancora le seguenti leggi:

1°) Il c. un. Cod. Theod. *Si cert. pet. de chirogr.* (2, 27) ricorda nel § 4 il diritto dell'*exc. n. n. p.* ed il suo termine, che allora (a. 421) era indubbiamente di cinque anni. Se ora questo diritto consisteva nel supposto beneficio della prova, il creditore, che possedeva il documento per cinque anni, rimaneva come se non avesse avuto niente presso di sè; anzi egli dovea contare sul fatto di non avere ad agire e produrre il suo documento che dopo cinque anni. Ora però quella costituzione stabilisce nel principio che il possessore di un chirografo, in caso di morte dell'emittente, debba istituire lite, per non perdere l'azione, dentro due anni dalla morte di lui, *inter præsentes*. Se dunque si dava la circostanza del tutto accidentale che l'emittente il documento morisse dentro tre anni dal rilascio, il creditore presente era necessitato d'istituire lite dentro cinque anni dal rilascio. Mentre la legge disponeva così

e d'altra parte riconosceva il diritto dell'*exc. n. n. p.*, essa pel caso immaginato avrebbe ordinato come segue: il creditore deve intentare la lite in base al documento dentro quel termine, pendente il quale il documento nulla prova; se la lite è intentata più tardi, il suo documento ha bensì l'effetto della prova ma l'azione è irrecevibile! Si può mai immaginare una perversità simile nelle leggi?

2°) Secondo la L. 16, *De fid. inst.* 4, 21 (69) chi nega la genuinità di un documento da lui rilasciato, in pena perde l'*exc. n. n. p.* Ora la produzione del documento avveniva prima o dopo la decorrenza del termine stabilito per l'*exc. n. n. p.* Nel primo caso non si vede perchè si debba minacciare con una pena l'impugnazione della genuinità di un documento se questo « nulla dimostra. » Nel secondo caso al contrario era inutile parlare di negazione di eccezione, la quale sarebbe stata già senz'altro prescritta. Così anche questa disposizione sarebbe stata in patente disaccordo col beneficio della prova.

3°) Giustiniano nel c. 3, Cod. *De plus petit.*, 3, 10 (a. 530):

« *Odiosas contrahentium calliditates amputare properantes, censemus: ut si quis, certa quantitate sibimet debita, super ampliore pecunia per dolum et machinationem cautionem exegerit, et ad judicium debitorem vocaverit: siquidem... in certaminibus negotii permanens* ARGUATUR DE ADJECTA FALSA QUANTITATE; *non solum ea, sed etiam toto debito eum fraudari: transactionibus scilicet et secundis confessionibus sive insinuatae sint, sive non, etiam in hoc causa suam obtinentibus firmitatem: talibus enim hoc objicere non oportet* ».

Qui veramente l'*exc. n. n. p.* non viene espressamente nominata. Che però essa si applicasse anche ai casi della descritta specie risulta già da un paragone col c. 2, Cod. *h. t.* Tuttavia Giustiniano riguarda cosa pericolosa agire per la somma descritta nel documento, e minaccia l'attore creditore della perdita dell'obbligazione intera nel caso che venga convinto essersi fatta scrivere una somma falsa. Questa disposizione suppone necessariamente la forza probante della *cautio*. La è dunque inconciliabile col pensiero che l'*exc. n. n. p.*, quando era diretta a cauzioni della specie in discorso, ne annullasse la forza probante.

4°) Nella L. 23, D. ad *S. C. Vell.* (4, 29) dispone Giustiniano che se una donna nel contratto di fideiussione abbia riconosciuto di aver ricevuto qualche cosa per la sua fideiussione: « *omnimodo esse credendum* ». Qual dubbio abbia dato origine a questa risoluzione, è stato osservato di sopra (§ 63, p. 287) (z). Avrebbe però potuto Giustiniano definire la cosa in tal modo senza pur pensare al beneficio della prova, se avesse riconosciuta, anzi introdotta una temporanea mancanza di prova nella questione?

XVII. Io mi volgo finalmente alle leggi, che trattano specialmente della *causa praecedens*. Appartiene a queste in primo luogo il c. 5 Cod. *h. t.*:

---

(69) La circostanza che la medesima è una *lex restituta* nulla toglie al valore delle fatte considerazioni.

« *Imperator Alexander A. Haustiano. — Adversus petitiones adversarii, si quid juris habes, uti eo potes. Ignorare autem non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an, tunc cum cavebatur, numerata sit, sed an justa causa debiti praecesserit* ».

Questo testo è quello principalmente, che ha dato occasione alle artificiose dottrine della *causa praecedens*, segnatamente poi all'opinione che solamente i contratti di mutuo, e questi anche se si riferiscono a cose date anni e giorni avanti il rilascio del documento, soggiacciono all'*exc. n. n. p.;* alla qual conclusione si giunse insistendo sulle parole « *quasi credita pecunia* ». Per noi il passo ha bisogno appena di una speciale dichiarazione. Austiano avea rilasciato una *cautio creditae pecuniae* sul fondamento di un debito preesistente. Egli domanda se possa servirsi dell'*exc. n. n. p.* L'imperatore rescrive di no, poichè questa ha solamente luogo quando si domanda del danaro; il che secondo la scrittura si sarebbe dovuto pagare effettivamente: quando però nella scrittura non si fa menzione di pagamento alcuno, allora non potersi desumere una eccezione dalla sua mancanza, ma dall'esistenza del rapporto di debito, che sta a fondamento della scrittura (70). Alla medesima idea s'informano le decisioni dei cc. 6 ed 11 Cod. *h. t.*, c. 2, Cod. *de dote cauta non numerata* ed anche del c. 4, Cod. *de duobus reis* (8, 40). L'eccezione non ha luogo semprechè l'emittente non sia stato in attesa di versamento di denaro. Al concetto della *causa praecedens* si riduce quella *cautio*, su cui il debitore dia un acconto o paghi l'interesse (71).

C. 4, *h. t.* « *Cum fidem cautionis agnoscens, etiam solutionem portionis debiti vel usurarum feceris; intelligis te de non numerata pecunia nimium tarde querelam deferre* ».

Si è dedotto da questo testo che non solo il pagamento di acconti o d'interessi, ma eziandio qualunque altra ricognizione ripetuta di debito escluda l'*exceptio* (n). Il testo non contiene nulla di ciò. Le parole in principio dicono solo: « poichè tu riconosci il documento » (quindi l'obbligazione formale); in connessione con ciò il pagamento fatto deve escludere l'*exceptio*. Che però ogni altra (effettiva) ricognizione del debito materiale escluda l'*exceptio*, ciò non si accenna. Si può solo far la quistione se una ricognizione di debito con tali effetti si trovi pure, come ammette la prassi, in un secondo documento, il quale narri del pagamento come semplicemente avvenuto. Però anche questo secondo documento può essere anticipato. L'*exceptio* in questo caso potrebbe tuttavia più che col passo citato, venire esclusa col c. 3, Cod. *de plus petit.* (« *secundae confessiones* » n. XVI). Anche quando esistono più ricognizioni di debito si può sempre accam-

---

(70) Un testo parallelo è fornito dalla L. 21, *de solut.*, 8, 43 (Cfr. p. 262).

(71) V. p. 174.

pare la possibilità che tutte quante siano anticipate. Però nello stato attuale della dottrina fa mestieri esser cauto nel contrariare quella prassi, poichè il rilascio ripetuto di un documento di ricevo è oggi quasi l'unico mezzo, col quale il creditore si schermisce dall'*exc. n. n. p.* Anche dei pagamenti di acconti ed interessi bisogna far uso *cum grano salis*. Se il debitore si difende col dire che non egli, ma un altro ha ricevuto il danaro, quel pagamento da lui fatto sulla scrittura, basterà per rendere inattendibile quella difesa. Se al contrario si difende col dire che su una scrittura di 500 è stato sborsato solo 400, questa difesa non può naturalmente venir respinta da un acconto di 100.

XVIII. Merita considerazione speciale il c. 13 *h. t.* la quale contiene una costituzione generale di Giustino, l'immediato antecessore di Giustiniano:

« *Generaliter sancimus, ut si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit; non jam ei licentia sit causae probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat: nisi certe ipse e contrario, per apertissima rerum argumenta scriptis inserta, religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit.* NIMIS ENIM INDIGNUM ESSE JUDICAMUS, QUOD SUA QUISQUE VOCE DILUCIDE PROTESTATUS EST, ID IN EUMDEM CASUM INFIRMARE, TESTIMONIOQUE PROPRIO RESISTERE » (θ).

Si trae partito da questa costituzione per dimostrare mediante un *argumentum a contrario* che dove non havvi una pura *causa praecedens* (§ VIII, casi 1° e 2°), nei casi per conseguenza dell'*exc. n. n. p.*, l'emittente *una cautio* non deve dimostrare la sua insussistenza. Io ritengo che questo *argumentum a contrario* è inconciliabile colla proposizione finale della costituzione. Nessuno vorrà negare che questa proposizione finale nella sua generalità si riferisca anche al caso della *causa praecedens* impropriamente detta (§ VIII, 3° caso). Poichè anche colui, che mette in dubbio il ricevo di un prestito semplicemente documentato etc., revoca ciò che con chiare note ha dichiarato, e contraddice alla sua propria testimonianza. Se la costituzione, in antitesi al caso della *causa praecedens* impropriamente detta, intendesse di regolare la prova solamente pel caso della pura *causa praecedens*, non sarebbe possibile ch'essa appoggiasse la sua tesi con tanta enfasi sovra di un ragionamento, che vale per ambedue i casi; la costituzione medesima sarebbe in evidente contraddizione con sè stessa. Rimangono dunque solo i due casi: o Giustino emanando questa costituzione non ebbe innanzi agli occhi i casi della *causa praecedens* impropriamente detta, ed allora la costituzione non prova nulla per questa: o ha ammesso insieme — ciò che al suo tempo poteva facilmente accadere (72) — i casi della *causa praecedens* propriamente

(72) Io faccio presente che Giustiniano non era alieno dal considerare come pura la *causa praecedens* impropriamente detta (Cfr. nota 52 e la pag. che ora segue).

ed impropriamente detta, sotto il punto di vista comune di una prova contraria; in questo caso egli ha affermato la regola per ambedue i casi, sebbene le sue espressioni in principio, per essere forse state prese di peso da un giurista più antico (73), sembrano riferirsi al caso della *causa praecedens pura*. Se ciò fosse vero, noi avremmo nella costituzione persino una conferma positiva della nostra opinione. Io concedo che la seconda alternativa non si può dimostrare positivamente; però basta accennare che la dimostrazione, che si vorrebbe dagli avversarii dedurre da quella costituzione, contraddice alla proposizione in fine.

Ci è stata finalmente conservata nella Nov. 136 una decisione, dalla quale risulta il modo come era applicata l'*exceptio* di fronte ad una *causa* documentata. La Novella contiene la risoluzione di parecchi dubbii proposti dagli argentarii (1). Poichè nel c. 5 fu loro rifiutata un'ipoteca generale, si dice nel c. 6:

« *In illo utique casu nimis quam ipsis opem ferimus, ut, si ratiocinia proferantur, quæ expresse quamque causam habeant adscriptam, in quam aurum datum est, atque hic ratiociniis ipsis subscripserit: etsi singulas in ipsis causas propria manu non scripserit, aut etiam confessionem de hoc aliquam sive sub specie mutui, sive ex acceptilatione, sive etiam aliter non confecerit: nequeat amplius ab eo, qui hoc fecit, singularum causarum particulatim probationes exigere: nisi forte ex abundanti velit vel ipsi vel creditoris heredibus jusjurandum deferre: hoc enim solum ei concedimus: intra tamen ea tempora, quæ exc. n. n. p. attributa sunt. Nam si id quoque tempus præterire contigerit, neque jurejurando ipsos gravamus: id quod etiam in generalibus legibus descripsimus: quamquam ne hoc quidem ex usu erat; nam eum qui propria manu vel scripsit vel tradidit ratiocinia, quomodo justum fuerit putare, ita dissolutum extitisse, ut quae data non essent, pro datis scriberet?* »

Secondo ciò i conti firmati dal debitore e contenenti esattamente le singole partite di debito possono impugnarsi solamente secondo i principii della *exc. n. n. p.* ed entro il termine stabilito per questa. In tale impugnazione però la prova non si richiede dal creditore, ma dal debitore, se a questo si concede di poter deferire il giuramento. L'opinione comune crede di trovar in ciò un privilegio degli argentarii « che come eccezione dovrebbe confermare la regola »; però non è facile acquietarsi ad una tale spiegazione.

Verso la fine del c. 6 si dice « essere stato ciò ordinato generalmente » (τοῦτο ὅπερ καὶ ἐν τοῖς καθόλου νόμοις ἐγράψαμεν). Se il capitolo terminasse qui, si potrebbe dubitare se il « τοῦτο » si riferisse ad altro che alla proposizione immediatamente precedente (che l'eccezione non ha più luogo dopo due anni). Esso continua però dicendo « essere stato ciò appena necessario (καίτοιγε οὐδὲ τοῦτο ἐχρῆν); nessuno è cosi incauto che dichiari come ricevuto

(73) V. p. 154.

ciò che non ha mai ottenuto. » Questa proposizione finale, secondo il suo senso si riferisce indubbiamente non alla proposizione che accenna all'esclusione dell'eccezione dopo la decorrenza del termine; ma alle proposizioni precedenti, le quali si riferiscono alla sua ammissibilità; poichè solo in rapporto all'ammissibilità, sul fondamento arrecato si può affermare: essere stata essa appena necessaria. Determinata la portata di questo secondo τοῦτο, anche il primo, che non può avere un altro e più limitato oggetto di relazione, fa d'uopo riferirlo non per avventura alla proposizione immediatamente precedente, ma anche a quelle più remote che trattano dell'ammissibilità dell'*exceptio*, dove appunto nelle parole: τοῦτο γαρ μόνον αὐτῷ Παρέχομεν, si trova anche un altro τοῦτο che corrisponde ai due ultimi. Noi abbiamo dunque nella proposizione: τοῦτο ὅπερ καὶ ἐν τοῖς καθόλου νόμοις ἐγράψαμεν una testimonianza diretta che secondo le leggi generali all'eccipiente incombe l'onere della prova, di fronte ad una *causa* documentata (74). L'accenno esclusivo della delazione del giuramento, come mezzo di prova, dipenderebbe solo dalla circostanza che altri mezzi di prova di rado occorrono per la *exc. n. n. p.* (n. XII).

In che adunque consisteva la facilitazione fatta agli argentarii, di cui è parola nel principio del c. 6? Evidentemente si riferiscono a ciò le parole: «... *etsi singulas causas propria manu non scripserit, aut confessionem aliquam sive sub specie mutui... non confecerit...*». Giustiniano a favore degli argentarii fu meno rigoroso nell'esigere formalità. Non più il rilascio di un documento formale, ma la semplice firma di un conto dovea essere necessaria per dar origine agli effetti della stipulazione e rispettivamente applicare la correlativa *exc. n. n. p.* Nulla però egli immutò per ciò che si riferiva all'eccezione in sè stessa (75).

Non è mio compito giudicare se a questo scritto riuscirà di scuotere le teorie dominanti. Almeno esso contribuirà a rimuovere l'idea che sia stata detta l'ultima parola su questa dottrina, la quale anzi deve essere assoggettata ad un ulteriore esame. Si diffidi pur sempre di quella efficacia storica che non sa indicare altro che risultati strani ed inintelligibili. —

---

(74) La seguente interpunzione farebbe risaltare meglio il senso: « *hoc enim solum ei concedimus, intra tamen ea tempora, quae exceptioni non numeratae pecuniae attributa sunt; (nam si id quoque tempus praeterire contigerit, neque jurejurando ipsos gravamus). Id, quod etiam in generalibus legibus descripsimus: quamquam etc.* »

(75) Più tardi soltanto fu concesso agli argentarii il privilegio che l'eccezione contro le note di crediti a loro favore non dovesse avere più luogo. *Just. Edict.*, VII, c. 2, IX, c. 2.

NOTE E RICHIAMI DEL TRADUTTORE

(*a*) V. innanzi nostri nn. 56-59.

(*b*) V. innanzi nostri nn. 42-44.

(*c*) V. innanzi nostro n. 65.

(*d*) V. innanzi nostri nn. 27-39.

(*e*) Cade qui in acconcio di riportare tradotto il § 39 dell'opera del BAEHR, che come i §§ 62-62 a che traduciamo più sotto alla nota *o-p*, ha una stretta attinenza coll'Appendice. Il § 39 s'intitola: « *Impugnazione dei documenti di debito in relazione alla causa — Exceptio n. n. p. contro i documenti.* » Eccone il contenuto: « Ritorno a considerare i passi, in cui esista la *causa stipulationis* nel rapporto subiettivo, e quindi risulti segnatamente dal documento di debito, la cui obiettiva esistenza però s'impugni. Se nel documento è espresso, come causa, un debito esistente, il condicente o eccipiente deve portare la prova della non esistenza del debito secondo i principii della *condictio indebiti.* Se come causa è riferito un fatto d'altro genere (che non sia un preesistente debito) allora non v'è nessun principio per ritenere lo stipulante libero dal carico di provare la obiettiva esistenza della causa. Ciò appar chiaro, quando la causa è espressa come qualche cosa di futuro; p. es., la promessa di una dote per un matrimonio non seguito ancora. Non diverso è il caso, in cui il documento esprima come causa qualche cosa che è già avvenuta, come una dote promessa per un matrimonio già conchiuso. Solo il possessore del documento potrebbe in questo caso più o meno dedurre la prova a lui incombente per mezzo del riconoscimento della *causa (impropria)* contenuto nel documento stesso. Un fenomeno di questa specie presentava anche un documento, in cui una prestazione reale, p. es. un pagamento di mutuo, fosse espressa semplicemente come avvenuta. E poichè secondo l'esperienza in tal maniera vengono rilasciati anche quei documenti, nei quali le parti intendono ricevere il danaro e rilasciare l'atto contemporaneamente, quindi processualmente non potrebbe trovarsi in un documento simile il riconoscimento di una obbligazione preesistente: appunto come anche in senso materiale una *stipulatio debiti* fu solo allora ammessa, quando la prestazione reale essa concernente seguì in un determinato tempo precedente. Questo concetto ebbe per conseguenza di dover concedere l'impugnazione di tali documenti relativamente alla loro forza probante, non mica solo deducendo l'erronea supposizione di un debito preesistente; ma negando eziandio semplicemente la causa, ossia il versamento del

danaro. Fu quindi ammessa contro di essi documenti la *exc. n. n. p.;* e la *condictio,* che le cammina parallelamente recedette, sempre più nell'ombra. La eccezione aveva dunque anche qui l'effetto di far sì che il possessore del documento non potesse valersi della formale forza di prova del documento, se non in quanto risultava contemporaneamente provato il versamento del denaro. Qui cade la domanda: se lo stesso possessore poteva per questa prova riferirsi alla dichiarazione di *ricevuta* che si contiene nel documento stesso. L'opinione comune è per la negativa; poichè ritiene che la *exc. n. n. p.* tolga alla dichiarazione di ricevuta la forza di prova. Io credo erronea questa opinione; e piuttosto credo che il documento renda credibile e provato il versamento in esso testimoniato, appunto come ogni altro documento rende credibile e provato ciò che si dice dall'emittente contro di sè, e ciò fino alla prova contraria dell'altra parte. Questa opinione si allontana così dalla comune che ha bisogno di essere giustificata. E ciò sarà fatto in apposita appendice. — Qui però se ne dà un breve compendio dei risultati. Sebbene fosse l'*exc. n. n. p.,* un istituto organicamente emanato dai principii generali, pure la illimitata sua applicazione si addimostrava in pratica pericolosa. Perciò fu limitata prima a cinque anni, poi a termini più brevi. Per questo l'*exc. n. n. p.* acquistò una specialità sua propria distinguendosi dall'*exc. doli.* L'applicazione dell'*exc. n. n. p.* a semplici scritture di debito si fondava sull'assimilazione di esse coi documenti di stipulazione. Anche quivi l'*exc.* rimuove solo la formale forza di obbligazione delle promesse di pagamento contenute nel documento, non la forza materiale di prova della dichiarazione di ricevo. L'impiego dell'*exc. n. n. p.* trova luogo nelle quitanze, dopochè col cessare del processo formolare divenne possibile, per via della replica, impugnare la accettilazione, e che le quitanze furono assimilate alla accettilazione stessa. L'*exc. n. n. p.* non ha mai esercitata una influenza negativa nella dottrina della prova.

(*f*) Cfr. innanzi nostra pag. 53.

(*g*) V. innanzi nostro n. 14, pag. 46-47.

(*h*) Liebe, *Die Stipulation und das einfache Versprechen;* Gneist, *die form. Verträge etc.*

(*i*) Cfr. innanzi nostra pag. 68.

(*k*) Cfr. innanzi nostri nn. 15-20.

(*l*) Su questa teoria del beneficio di prova, cfr. innanzi nostro n. 21.

(*m*) Cfr. innanzi nostra nota 1 a pag. 115.

(*n*) Sui casi della *causa antecedens* cfr. innanzi nostri nn. 43-44.

(*o-p*) Cfr. Baehr, innanzi §§ 62-62ª. Questi §§ sono di tale importanza e di tale attinenza coll'argomento, per la stessa dichiarazione fattacene dal ch. Autore in privato carteggio, che reputiamo necessario riportarli qui tradotti in massima parte. Il § 62 s'intitola: « *Documenti di debito e quietanze. Documenti che soggiacciono all'exc. n. n. p.* ». Documenti di debito e quietanze che esprimono semplicemente una prestazione reale, p. es. un pagamento di danaro, hanno una natura ambigua, perchè di solito in questa maniera sono rilasciati anche quei documenti, in cui si ebbe di mira un contemporaneo scambio di prestazione reale e di documento; in tali congiunture però vi è la possibilità che sia rilasciato il documento senza che la prestazione sia avvenuta. Questi documenti sono perciò esposti alla

exc. n. n. p. la quale non consente la forza probatoria del documento, se non quando contemporaneamente si provi il versamento del danaro. E poichè oggi le eccezioni, che non sono legate da nessun onere di prova, sono da attendersi di per sè (Baehr, innanzi p. 69, nota 12); il diritto fondato per mezzo della eccezione si risolve nella tesi che la *forza di prova di un tal documento è sospesa;* non si può sopra di esso addirittura fondare un'azione od una eccezione; esso anzi da principio non ha altro valore che quello di mezzo di prova sulla materiale costituzione o cessazione del debito secondo il suo contenuto, e soggiace come tale alla semplice controprova. Ma la forza di prova del documento non è annullata, sibbene soltanto *sopita.* Essa rivive dopo il decorso del tempo stabilito, se la eccezione non è perpetuata mediante una aperta *protestatio.* Essa rivive anche prima, se sia riconosciuto il debito in guisa che venga esclusa la inesistenza di materiale fondamento (Baehr, innanzi p. 191). Da quel tempo in poi il documento entra nel novero delle altre scritture di debito, la sua forza obbligatoria è solo attaccabile pel presupposto erroneo delle *causa praecedens.* Tale impugnativa non è limitata ad alcun tempo. Questo è il valore della eccezione, come io credo di poter intendere il diritto romano.

La comune dottrina che fa due periodi, nel primo dei quali il documento non prova nulla, e nel secondo si ammette la semplice controprova, anche la delazione del giuramento; deve essere qui considerata solo dal lato pratico. Non vi è neppure bisogno di dimostrare quanto sia cattivo il primo periodo, e contrario ai principii naturali di diritto. Abbiamo su ciò molte particolari disposizioni di legge dopo l'esempio del diritto prussiano, le quali accordano una forza probante immediata a tali istrumenti. Al contrario si ritiene per giusto, almeno secondo le leggi, che sia permesso nel secondo periodo l'impiego illimitato della controprova. Al diritto romano, che vi si oppone, si fa il rimprovero di avere per fondamento « l'idea di un contratto letterale » « formalismo » che ripugna al nostro senso giuridico più fine ed alla coscienza popolare (cfr. Schmidt, *Krit. Iarhb.*, XXI, p. 38). — Io non voglio parlare di ciò, che chi ha solo in bocca l'*exc. n. n. p.*, di fronte ad uno strumento, con ciò riconosce così distintamente l'esistenza di un contratto letterale, come chi parla di ombra ammette l'esistenza della luce. Io non voglio parlare ancora dell'arroganza di chi pensa di superare i giuristi romani in finezza di sentimento e di senso giuridico relativamente al diritto materiale. Io voglio piuttosto descrivere la figura che prende quella controprova in pratica. I mutui non sogliono farsi già perchè il ricevente tenga presso di sè il danaro, ma perchè di regola è posto in condizione di doverlo di nuovo spendere. Antichi debiti devono essere scontati, prezzi di compra o debiti ereditari pagati, o devono essere pagati gli artieri etc. Il mutuante ha naturalmente interesse che questi debiti, in ispecie se garantiti di una ipoteca ora accesa in suo favore, siano estinti col mutuo. Egli perciò non paga al suo debitore, ma, per suo mandato, ai creditori dello stesso. Forse egli stesso è un creditore ed i suoi diritti ricevono una nuova base nello strumento di debito. E poi egli fa i conti col debitore, ed il risultato del conto a favore del creditore si deduce nella obbligazione come un pagamento fatto. Spesso succede un'altra cosa: si supponga che chi ha bisogno di danaro non trovi presso il mutuante un credito sufficiente;

allora un altro si aggiunge, o subentra a lui nella obbligazione: la donna interviene come mutuataria rinunciando ai suoi beneficii assieme al marito, i genitori pel figlio, il fratello pel fratello. Il mutuante paga il danaro col consenso del suo debitore a colui, che veramente deve farne uso. Questi è solito obbligarsi di pagare gl'interessi interamente al creditore; cosicchè non vi è neppure un riconoscimento posteriore dello sborso fatto dal debitore nominato nella scrittura. Finalmente spesso avviene che il creditore non paghi egli stesso il danaro, ma faccia eseguire da un altro il pagamento. In tutti questi casi il creditore si accontenta della dichiarazione rilasciatagli nello strumento dal suo contraente, di aver ricevuto un mutuo in danaro contante. Nessuno ritiene necessario determinare più precisamente il versamento nella scritta di debito. I più intendono bensì ad ordinare di fatto relazioni complicate, ma non si curano di dichiarare tutto ciò con documenti. Ed anche per gli strumenti che si rogano in giudizio, il volerli così completamente istruire potrebbe portare a malintesi, ed i documenti così non ci guadagnerebbero nulla; a prescindere che alla stipulazione del documento in giudizio la specie ed il modo del pagamento sono ancora incerti e dipendono da lunghi computi d'ogni genere. Così è assai se presso molti tribunali si ottengono altre scritture di debito, che non siano su di un mutuo fatto a contanti. In tali circostanze la dottrina della *exc. n. n. p.* cade come una maledizione. Se dopo un certo tempo il creditore domanda il suo credito basato sul documento intentando un'azione, il debitore di mala fede vi oppone la eccezione, fondandosi sul fatto ch'egli non ha avuto in mano il danaro e che tutto il resto non lo riguarda. I genitori non vogliono essere debitori perchè il figlio ha ricevuto il danaro, la moglie perchè l'ha ricevuto il marito ecc. Un regolamento di anteriori diritti del creditore, che, secondo l'accordo, fece le veci di pagamento, il versamento del danaro a terzi per mandato del debitore, o mediante terzi in nome del creditore, sono cose tutte che s'ignorano, e che, se il creditore le allega, vengono negate.

Il creditore si trova quindi in una pessima condizione. La forza di prova del suo documento è per lui ridotta a zero; poichè in esso sta scritto ch'egli ha fatto un mutuo col debitore, pagando in contanti, ciò che non è vero. O lo stesso confessa che certamente danaro non è passato da mano a mano, ed afferma che il debito è stato costituito altrimenti; allora il giudice riconosce essere già stata provata in sè l'*exc. n. n. p.*, e solo dà campo al creditore di dimostrare altrimenti la costituzione vera del debito: ma per questa prova a nulla gli vale il documento, nella fiducia del quale egli contrattò. O il creditore insiste nel contenuto del suo documento ed il debitore gli deferisce il giuramento ch'egli non ha da lui ricevuto danaro in pagamento, ed allora il creditore è costretto od a perdere il suo capitale od a giurare il falso. Chi può dubitare in tal caso che il timore angoscioso di perdere il suo buon diritto non lo spinga a scegliere il più delle volte la seconda alternativa! Lo stesso *mutatis mutandis* vale per le quietanze nei riflessi del debitore. Per tal guisa l'*exc. n. n. p.*, nel diritto romano, come oggi in Germania, forma un *cavillationis obstaculum* in tutta l'estensione della parola, nella sua eterna durata poi cagionerebbe la rovina del credito e sarebbe una scuola di spergiuro. Chi dunque è pratico di affari penserà diversamente sulla pretesa equità della controprova illimitata nel tempo, risguardandola come una fantasmagoria di

debolezza teorica; ed invece terrà per regola sapiente la romana esclusione della *exceptio* dopo un certo termine. Quindi un ritorno al diritto romano nella sua purezza si raccomanda immensamente. Anzi pei documenti di debito giudiziale il termine biennale potrebbe accorciarsi notevolmente se nel loro ricevere il debitore fosse convenientemente informato sull'esistenza e significato del termine. Dove però il ritorno al pieno diritto romano non fosse possibile praticamente in tutto il suo rigore, la giurisprudenza dovrebbe almeno considerare di quale indole pericolosa è la controprova da essa inventata e come per niente corrisponda alla coscienza popolare, considerarla come fatta sol che si dimostri che danaro non è stato versato da mano a mano. Si conceda al creditore di dimostrare in qual maniera, sia col versamento del danaro, sia in altra guisa egli abbia fondato il suo diritto, e chiegga allora la controprova sulla negativa del rapporto giuridico così determinato. Ma anche una tale determinazione dopo lungo tempo non si può pretendere; come può colui che spesso presta capitali, dimostrare dopo anni in qual modo ha sborsato il danaro? Appunto per questo c'è la carta ed i sigilli, per avere cioè la comodità di dimenticare le particolarità del rapporto di diritto, che ha dato origine all'obbligazione. Il creditore sa solamente che col documento « possiede la sua giustizia »; se quindi dopo un lungo tempo gli fosse deferito il giuramento sopra l'*exc. n. n. p.*, gli si permetta almeno di giurare nel senso che « il prezzo dell'obbligazione fu rivolto a vantaggio dell'emittente. » Certamente tali progetti abbandonano la natura di una vera controprova contro il fatto, attestato nello strumento, del versamento di danaro; il detto giuramento del creditore divien quasi un giuramento di calunnia. Si ricordi soltanto che il favore fatto al creditore in questo rapporto significa un riavvicinamento allo stato legale, ed innanzi tutto un ritorno a ciò che esigono le riconosciute circostanze della vita. Finalmente non si periti alcuno di respingere l'*exc. n. n. p.*, quando un riconoscimento di un debito posteriore, segnatamente col pagamento d'interessi o di acconti, escluda addirittura ogni difesa del convenuto; ed anche quando rimanga assodato che non fu versato denaro contante, e che quindi non è vero il contenuto dello strumento.

Il § 62° ha per titolo: « *Documenti di debito e quietanze. Il documento di mutuo come puro documento di debito.* » Già col § precedente si è ricordato il caso in cui il mutuo viene considerato come eseguito in guisa che l'emittente il documento di mutuo accredita al ricevente un debito proprio, senza che corra all'atto del rilascio danaro di sorta, neppure per interposta persona; e il documento stesso ripete la sua causa materiale da un rapporto giuridico preesistente secondo la volontà delle parti. Siffatto uso dello strumento di mutuo è così frequente e speciale da meritare ulteriori considerazioni. Nel caso riferito si dice volgarmente che il debito preesistente si cangia in un mutuo mediante novazione. Questa maniera di esprimersi non corrisponde alla realtà, perchè mai un debito preesistente può cangiarsi in un altro debito materiale, ed il mutuo appartiene indubbiamente ai contratti materiali. Anzi la caratteristica di codesto negozio giuridico consiste in ciò che si crea un debito astratto di danaro, pel quale la parola mutuo non può concedere altro che il nome. Quando questo debito di danaro serve ad estinguere una obbligazione preesistente dell'emittente, allora

avviene una novazione di questa. Ma non è codesto solo il caso, in cui si fa uso del documento di mutuo nel senso detto; esso anzi può avere a fondamento qualunque altra causa di costituzione di debito. In tal guisa il documento di mutuo acquista nel commercio civile il significato di un *puro documento di debito* (*rein Schuldschein*), per dirla con una frase simile a quella del *puro contratto (rein Vertrag)* adottata da WINDSCHEID nel suo sistema (*Pand.*, II, 364). Riferendosi esso ad un pagamento di danaro non effettivo, ma finto, dietro cui si nasconde la vera causa, si identifica in fondo colla *cautio indiscreta*, e si accosta alla cambiale sola *(Sola-Wechsel)*. L'uso in discorso del documento di mutuo rimonta fino all'epoca classica. ULPIANO dice nella L. 15, D. *De reb. cred.*: « *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam, nam si debitori meo jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati mihi pecuniam debeas, et conveneris, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.* » Se noi consideriamo che per questo secondo caso AFRICANO, anteriore ad ULPIANO di circa due generazioni, nega il sorgere di *pecunia credita* nella L. 34 princ. D. *Mandati* (17, 1) esclamando con sentimento puramente romano: « *Alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse* »; se consideriamo che perfino DIOCLEZIANO, di tanto posteriore, rigetta lo stesso concetto nel c. 6 *si cert. pet.* (4, 2); se consideriamo infine l'espressione *cauta* della L. 15 cit. « .. *recipiendum est... videatur* »; non si può dubitare che ci troviamo innanzi ad un ultimo progresso del tempo romano, rappresentato solo forse da ULPIANO autore di due altri passi di consona dimostrazione, e cioè della L. 3, § 3, D. *S. C. Maced.* (14, 6) e della L. 40 princ. D. *De minor.* (4, 4) (Cfr. SALPIUS, *Novat.*, p. 325 e segg.). La via, per cui ULPIANO giunse a questo risultato, è manifesta. In certi rapporti di diritto, mediante i quali colla prestazione di una persona si facevano nascere immediati diritti per un'altra, era stato introdotto il concetto del *constitutum possessorium* (Cfr. SAVIGNY, *System.*, IV, p. 595). Questo concetto non usciva dall'orbita di una pura interpretazione fintantochè nella manipolazione una somma effettiva di danaro rappresentava quella parte, nel possesso della quale poteva avere luogo lo scambio possessorio, che veniva sotto il nome di *constitutum possessorium*. Se il mio debitore per mio incarico paga ad un terzo, e conseguentemente si ritiene che io contragga un mutuo contro di questo, havvi in tal caso nel danaro pagato un oggetto effettivo che si può immaginare essere venuto in mia proprietà per mano del debitore pagante, e quindi trasferito come tale al terzo. Per ammettere qualche cosa di simile nel caso in esame, ad es. *(in eadem persona)* il debitore dovrebbe porre sul tavolo una somma di danaro corrispondente al suo debito, od almeno possederla di fatto per poterla considerare: prima come pagamento del debito (mediante *constitutum possessorium*), poi di nuovo come mutuo (mediante la *brevi manu traditio*). Manifestamente ULPIANO non pensava di dover richiedere un possesso reale di danaro per poter affermare il cambiamento di un *debitum* in un *creditum*. Il progresso adunque ottenuto da lui va al di là del *constitutum possessorium:* esso non viene più ammesso in via d'interpretazione, ma finto in

via di *fictio;* cosa per giustificare la quale si poteva asserire che già anche quella interpretazione in fatto era una *fictio (quamvis meos nummos non acceperis).*

Se ora consideriamo gli effetti, che ULPIANO aveva in mente coll'allegato testo, dovevano essere i seguenti: il creditore doveva senza dubbio pel convenuto *creditum* ottenere la stessa rigorosa azione, come se si fosse trattato di un versamento effettivo, *la condictio certi* (Cfr. SAVIGNY, *Syst.*, V, pag. 609 e segg.) Se il convenuto negava il *creditum*, l'attore doveva naturalmente dimostrarlo. Per far ciò però poteva bastare la dimostrazione che il versamento si avesse a ritenere come fatto mediante l'importare di debito idealmente restituito. L'effetto di questa convenzione era indipendente dall'esistenza reale obiettiva del debito anteriore, tal quale come se il debito stesso fosse stato realmente soddisfatto ed il danaro pagato restituito come mutuo. Gli effetti in parola sono i medesimi di quelli che si collegano alla *stipulatio debiti;* per essi havvi una specie di affinità fra il mutuo e la stipulazione: e se vi può essere esitanza a ritenere la stipulazione come finzione di mutuo (Cfr. BAEHR, § 6, nota 5), può dirsi sicuramente viceversa che un mutuo finto è una stipulazione. In verità dunque il nominato concetto, secondo bene osservava AFRICANO, prestava il mezzo di ottenere gli effetti di una stipulazione novante col mezzo del *nudum pactum.* La forma di questo però deve essere stata ordinariamente il rilascio d'un documento; siccome presso di noi quella trasformazione non avviene quasi altrimenti che mediante documento di mutuo. Anche AFRICANO, nella L. 34 citata, parla di una « *epistola emissa, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum...* » In fondo ULPIANO voleva elevare a contratto formale un documento su di un debito preesistente. Oggidì nel commercio, sia o no per l'influenza dei concetti già preparati da ULPIANO, la stessa forma è stata adottata per costituire un debito astratto di danaro; tanto più che a noi manca del tutto la forma della stipulazione romana, come qualunque altra espressione che designi la cosa nella sua natura astratta. E la stessa *fictio,* di cui valevasi ULPIANO per togliere il dominio esclusivo della forma di stipulazione, è da noi usata per sostituire la mancanza di questa forma. Quindi nel nostro linguaggio documentale la formola: « io ho ricevuto tale e tal prestito » vale l'altra: « io sono debitore di tale e tanto danaro ». Questa forma significa un debito perfetto, una stipulazione colla sua causa, una cambiale coll'indicazione della valuta. Il commercio giornaliero ce ne dà parecchi esempi (Cfr. SEUFFERT, *Arch.*, VII, p. 271; XIII, 17; XVI, 255; XVII, 236). SEUFFERT ce ne offre un caso notevole (*Arch.*, V, 127), in cui un socio rilascia all'altro un documento di mutuo pel semplice scopo che questi lo ceda e ritenga il prezzo della cessione come versamento nella cassa sociale: qui mediante il documento di mutuo si è creato un rapporto di debito nuovo e puramente formale. In un caso simile (ivi, XIX, 26), si rigettò la *exc. n. n. p.,* sebbene fosse assodato che la debitrice nulla aveva ricevuto sul documento di mutuo. Più spesso ancora un documento di mutuo si rilascia per una causa preesistente, sia da un terzo, che così entra in un rapporto di debito; sia dal debitore stesso, che così rinnova il suo debito. Nel designare il fondamento di debito come mutuo si vede manifesto l'intenzione di estinguere il rapporto di debito anteriore. Così il rilascio di un documento di mutuo si presenta presso di noi sotto la forma di novazione

propria (privativa); e per la novazione *inter easdem personas*, accanto alla cambiale che pure serve al medesimo scopo, la forma stessa è quasi esclusiva all'odierno commercio. Il concetto della novazione è però sempre lo stesso del Diritto Romano; e cioè estinzione di una obbligazione mediante trasformazione in una obbligazione formale. Il documento di mutuo non è altro in questo caso che una *stipulatio debiti*, una promessa astratta di debito, che prende semplicemente il nome del più semplice negozio giuridico materiale, ottenendone gli stessi effetti, ma nulla più; poichè un debito preesistente non può cangiarsi in un mutuo effettivo, nè in qualunque altro debito materiale. Se adunque l'uso adopra la parola mutuo, la scienza non deve illudersi sul suo concetto. Inoltre questo concetto del documento di mutuo, riannodantesi ad un debito preesistente, non è senza pratico risultato. Se una donna ad es. assume il debito di un altro col rilascio di un documento di mutuo; sarebbe inapplicabile al caso il S. C. Vellejano, il quale non tocca i pagamenti fatti quando il danaro si abbia a ritenere come realmente sborsato al creditore, e da questo dato di nuovo a mutuo. ULPIANO non ha in questo senso stabilita la sua *fictio* relativamente al versamento e restituzione del danaro. Il S. C. Vellejano resta adunque inapplicabile al caso, come inapplicabile è anche il S. C. Macedoniano quando il figlio di famiglia rinnova un debito preesistente colla forma del contratto di mutuo (L. 3, § 3, D. *S. C. Maced.* (14, 6). In questo rapporto l'impugnazione del S. C. Vellejano è equiparata a quella *ob turp. causam*. La influenza medesima esercitata nei rapporti di debito formalmente costituiti dal documento di mutuo, si esercita dalla quitanza rilasciata per la formale riunovazione del debito; anche questa dichiarazione documentale, secondo la fraseologia del commercio, non designa solo il ricevimento reale, ma eziandio quello finto, l'*acceptum fero*, la semplice *quietatio*. La prassi riconosce queste formali dichiarazioni di liberazione quando permette una quitanza generale sotto il nome di *decharge* in quei rapporti di diritto, nei quali non si può far parola di pretendere una somma determinata. Ma anche in questi rapporti non di rado ci si fa dominare, più che dai concetti, dalle semplici parole. Quanto più molteplici sono i modi, con cui i documenti di mutuo e le quitanze nel senso di atti puramente formali vengono adoperati a fondare od estinguere un debito, tanto più apparisce il bisogno di far sì che, mediante la limitazione temporale delle *exc. n. n. p.*, non si possa opporre a quei documenti la semplice dimostrazione di non avere ricevuto il pagamento documentato. Se l'emittente è quindi rimandato alla *exceptio indebiti*, egli per impugnare il documento sarà costretto ad indicare lo stato vero di cose, che dette origine al rilascio; ed allora soltanto chi è possessore del documento acquisterà quella più favorevole posizione processuale, la quale ben gli appartiene a seguito del medesimo rilascio.

(*q*) Cfr. innanzi nostro n. 22.

(*r*) Cfr. innanzi nostro n. 23.

(*s*) Cfr. innanzi nostro n. 11.

(*t*) Cfr. innanzi nostri nn. 10, 12, 16.

(*u*) Su questa controversia, v. innanzi nostri nn. 56-59.

(*v*) Cfr. innanzi nostro n. 24.

(*w*) Cfr. innanzi nostro n. 60.

(z) Cfr. innanzi nostro n. 58.

(x) Cfr. innanzi nostre pagg. 92-93.

(y) Cfr. innanzi nostro n. 44.

(α) Cfr. nostre pag. 75 (testo e nota 3), 96-97.

(β) V. su queste pene il nostro n. 26.

(γ) Cfr. nostra pag. 57.

(δ) Cfr. nostro n. 22.

(ε) Cfr. nostro n. 60.

(ζ) Qui (§ 63, p. 287) il Baehr, dopo aver premesso che, rispetto alla presunzione della verità o meno della causa soggettiva di un contratto deve starsi alle circostanze più che ad altro, fa il caso di una moglie, che nel fallimento del marito produca una obbligazione rilasciata durante il matrimonio. Nascerebbe qui, dice il Baehr, il sospetto ed il dubbio che si tratti di donazione fra coniugi e quindi proibita: e date certe circostanze dovrà perciò nel caso negarsi ogni effetto al documento scritto, anche se indichi una causa speciale. Così pure essendo l'intercessione della donna valevole solo in via eccezionale, quando cioè essa ha ricevuto qualche cosa, se questo ricevimento risulta nel contratto d'intercessione, la donna non potrà salvarsi altrimenti, che in forza della materiale credibilità del ricevimento stesso. Giustiniano dà una regola per siffatta credibilità: « *omnimodo esse credendum eam pecunias vel res accepisse, et non esse ei ad S. C. Vellejani auxilium regressum.* » Al contrario in tema di figli di famiglia ritenne la Corte di Jena (Seuffert, *Arch.*, IV, 29), che, a rimuovere la *exceptio S. C. Macedoniani*, per avere il padre acconsentito al mutuo non valga l'analoga dichiarazione del figlio nel documento di debito, che egli agisce per incarico ricevuto dal padre « poichè questa confessione potrebbe comprendere una illecita rinuncia all'eccezione. »

(η) Su questa questione cfr. nostro n. 51.

(θ) Sull'interpretazione di questa legge, v. nostro n. 44.

(ι) Cfr. nostro n. 55.

APPENDICE N. II.

Quando già il nostro lavoro licenziato definitivamente alle stampe era stato composto, è uscita alla luce una monografia del Dr. LUDWIG GOLDSCHMIDT intorno alla *querela non numeratae pecuniae* (1). Essendoci la trattazione sembrata di una certa importanza dal punto di vista più, a dir vero, del diritto positivo tedesco che non del diritto romano puro, ma che non pertanto merita di esser lumeggiato, a viemeglio render toccate tutte le sfaccettature del tema, crediamo nostro dovere di darne qui un riassunto di una qualche ampiezza, mantenendone l'ordine e la distribuzione.

---

(1) Dr. LUDWIG GOLDSCHMITH Gerichts-Assessor zu Göttingen, *Die querella non numeratae pecuniae und die Reichsprocessgesetzgebung (Iahrb. für d. Dogm. des heutig röm. und deutsch Privatrechts* v. IHERING, Iena 1886, XXIV, vol. I, fasc. 2 del febbraio, pag. 33-128). Questo scritto ci è stato posto sott'occhi dal chiarissimo Prof. VITTORIO SCIALOIA, che segue con cura minuziosa il movimento scientifico giuridico sì d'Italia che di Germania. A lui, che, con dottrina pari alla cortesia, ci è stato largo di consigli in tutta questa nostra pubblicazione, sentiamo il dovere di rivolgere pubblicamente speciali ringraziamenti.

LA QUERELLA NON NUMERATAE PECUNIAE
E LA PROCEDURA DELL'IMPERO TEDESCO

del Dr. L. Goldschmidt

RIASSUNTO

RAGIONE E LINEE DELLO SCRITTO

Paragonato il § 17 alinea (1) della legge d'introduzione alla procedura civile dell'Impero tedesco (2) col corrispondente § 14 del progetto del Consiglio dell'Impero (3) i cui motivi suonano nel senso di volere abolite le disposizioni del diritto comune sulla sospensione della forza probante delle quietanze, dei documenti di debito relativi al ricevimento d'un prestito, e delle ricognizioni scritte della *numeratio dotis* fino alla scadenza di un determinato termine; l'Autore osserva come il detto § 17, che sarebbe stato dettato ad eliminare le differenze di opinioni sul senso e sulla portata della *querela n. n. p.*, non abbia, secondo lui, raggiunto il suo scopo. Premette la storia di siffatta controversia, che trae la sua consistenza dall'art. 295 del Codice di Commercio Tedesco, contenente una disposizione letteralmente identica con quelle del menzionato § 17; controversia che appare dalla esposizione fattane da *Hahn* (4) nei termini seguenti: « l'articolo rimuove solamente la *querela n. n. p.*; in altri termini un documento di debito ed una quietanza dal momento stesso del rilascio hanno la « stessa forza probante dei documenti in generale, cioè con essi si fa prova piena

(1) Questo § 17 alinea è così concepito: « La forza probante di un documento di debito o di una quietanza non è legata ad alcun termine. »

(2) Cade qui opportuno correggere un errore di stampa occorso nella nota 1 della pag. 53, notando che questa legge, anzichè sul finire del 1878, andò in vigore in Germania sul finire del 1879, e precisamente il 1° ottobre 1879.

(3) Questo § 14, suona generalmente: « Le prescrizioni procedurali delle leggi regionali vengono abolite per tutte le controversie civili etc. Sono abolite segnatamente:

1° . . . . .

2° le prescrizioni, che, riguardo a certi rapporti giuridici, escludono certe specie di mezzi probatorii, o li assoggettano ad alcune restrizioni.

(4) Hahn, *Kommentar zum Handelsdgesetzbuch* su quest'articolo 295.

« contro il rilasciante. Però questo equiparamento non va più oltre. Tal punto « io ho già svolto nella prima edizione nel senso che forse i principii esistenti sul « rafforzamento della prova del documento di debito, mediante il decorso di tempo, « non siano state abolite. Sebbene la polemica in contrario di *Auschütz* (nota 6 « su questo articolo) non abbia fatta a me la stessa impressione che a *Puchelt* « (nota 1 su questo art.); pure io mi dispenso dal diffondermi più oltre sulla « questione. Inoltre era riuscito a *Baehr* (5) ed a *Schlesinger* (6) di avere « seguaci per la loro dottrina, secondo la quale l'Istituto non ha un contenuto « processuale, ma materiale; e la specialità della *querela n. n. p.* non consiste « in una diminuzione della forza probante del documento di ricevo, ma essen- « zialmente nella esclusione della controprova dopo la decorrenza di un certo « termine (7). Dal punto di vista di questa dottrina l'art. 295 doveva apparire « destituito di obiettivo: la sospensione della forza probante, che esso voleva « rimuovere, non esisteva affatto. *Baehr* dice in fondo lo stesso quando cauta- « mente afferma che il disposto dell'art. 295 « appena basta per la pratica « configurazione della dottrina (8) », e che « per i bisogni pratici non sarebbe « sempre sufficiente, se le legislazioni moderne attribuissero forza probante im- « mediata ai documenti, che hanno per base un ricevimento di denaro (9) ».

La legislazione processuale dell'Impero doveva pertanto colpire l'Istituto in tutti i suoi effetti e in tutte le sue concessioni. Poteva apparire difficile trovare una formola comprensiva. Si arrivò al pensiero meno felice di dare alla regola, che si voleva creare, una formola che risente della prova; e per assicurarle un effetto giuridico materiale si giunse a schierarla tra le prescrizioni del diritto materiale (10). *Mandry* (11) crede che anche di fatto, mediante il § 17 in esame, sia stata abolita la *querela* e la *exc. n. n. p.*, e tutto ciò che di diritto materiale si connette colla circoscritta forza probante dei documenti di debito. Ma ciò non è incontestato. *Wilmowski* e *Levy* (12) pensano che col detto § 17 sia stata tolta solo la sospensione della forza probante segnatamente riguardo a documenti di debito; e l'altra disposizione che dopo la decorrenza del termine d'impugna-

---

(5) Baehr, *Die Anerkennung*, p. 335 e segg.

(6) Schlesinger, *Formalcontract*, p. 180 e segg.

(7) Cfr. Wetzell, *Civilproc.*, § 22, nota 26; Spaltenstein, *das specifisch juristische Geschäft*, pag. 130 e segg.

(8) Nei Jhering's, *Jahrb.*, II, pag. 454.

(9) Baehr, *op. cit.*, pag. 274, nota 12.

(10) I §§ 13, 14, 15 contengono norme processuali; il § 16 norme giuridicamente materiali.

(11) Mandry, *der Civilrecthlische Inhalt der Reichsgesetze*, p. 332.

(12) Wilmowski u Levy, *Kommentar zur Reichscivilprocessordnung* (3ª ediz.), pag. 1033.

zione, il documento faccia piena prova con l'esclusione della controprova, perchè norma di procedura non appartenente alla legislazione imperiale, non sia stata abolita dal § 14 alinea 1° del progetto citato. Ora il § 16 ivi dice: « Rimangono « intatte: 1° le prescrizioni del diritto civile secondo le quali sotto certe circo- « stanze un fatto deve ritenersi come certo... con l'esclusione della controprova. » Quindi, secondo i detti commentatori, dovrebbe darsi di tali prescrizioni una specie appartenente alla procedura, ed un'altra al diritto materiale, e si dimostrerebbe perciò come le disposizioni in parola appartengono alla prima specie. Non possiamo aderire all'opinione dei seguaci di *Baehr* e *Schlesinger* sul significato del § 17. Ma questa dovrebbe confondersi con quella di *Baehr* sull'art. 295 del Cod. di Commercio: l'Istituto come quella dottrina insegna, non viene punto mediante il § 17 toccato: poichè la speciale posizione non può dare a questo disposto un significato in contraddizione con la sua chiara ed assoluta espressione.

Si vede adunque che il § 17 non ha raggiunto lo scopo prefissosi di rimuovere le differenze di opinioni sopra la portata ed il senso della *querela n. n. p.*, In tale stato d'incertezza e pericolo del commercio vale la spesa revocare ad esame la dottrina della *querela n. n. p.*, tanto più se il risultato dovrà essere la liberazione del commercio da un tale incubo.

Premessa questa motivazione del suo studio l'Autore afferma anzi tutto che ogni ricerca sull'essenza della *querela n. n. p.* deve partire da ciò che una delle più antiche forme di essa era l'*exc. n. n. p.* Ciò che dai giuristi classici viene designato come tale, deve essere necessariamente una vera *exceptio*. Questa aveva per scopo di togliere efficacia ad una obbligazione, perchè il debitore non era stato pagato con una certa somma di danaro; supponeva dunque un caso, in cui questa efficacia dipendeva materialmente da un versamento precedente. I contratti materiali non potevano ammettere una tale *exceptio;* l'affermazione della non prestazione della controparte si risolveva in una semplice negazione dell'azione (13). La stessa era possibile solamente nei contratti formali. Di questi il *nexum* era andato presto fuor d'uso, il *receptum argentarii* era sorto assai dopo l'origine di questa *exceptio;* rimanevano dunque soltanto la stipulazione ed il contratto letterale. Nell'ultimo l'addebitamento era sempre per una determinata somma di danaro. Di rimpetto a questo addebitamento l'affermazione del debitore che non gli era stata sborsata la somma posta a suo carico, accennava necessariamente a un contratto di mutuo conchiuso fra l'addebitante e l'addebitato. Poichè l'obbligazione per causa di un anteriore ed inverso versamento di egual somma non è altro che un'obbligazione di mutuo. Nel caso di mutuo

(13) Cfr. Keller, *Jahrb für gem. Recht*, IV, 11, *Lehrbuch*, § 243; Karlowa, *De natura atque indole* « συναλλάγματος »; Schlesinger, *Lohnbeschlagnahme*, pag. 32.

coll'addebitamento non sorgeva in generale un debito formale *(nomen transcriptitium)*; rimaneva invece l'antica obbligazione reale *(nomen arcarium)*, e l'addebitamento aveva solo per scopo la prova. Di fronte al mutuo però quell'affermazione risolventesi nella semplice negazione del « *dare oportere* » non formava una *exceptio*. Quindi rimane come originario campo esclusivo per essa la stipulazione, la cui causa materiale era formata da un versamento di danaro. Ciò può essere anche il caso della stipulazione *insulam fabricari*. Ma in tali casi la eccezione derivante dal difetto di pagamento può appena tecnicamente chiamarsi *exc. n. n. p.* Poichè i nomi non solo delle azioni romane, ma eziandio delle eccezioni erano presi costantemente dall'espressione della formola. La formola quindi doveva suonare come segue: *extra quam si ea pecunia ab* A^0 A^0 N^0 N^0 *non numerata est.* Una conferma di ciò troviamo presso lo scoliaste Stefano nella L. 29 D. *Mandati* (17, 1). Il medesimo fonda la negazione della *exceptio* dirimpetto ad una persona perchè la stessa non può dire « ἀλλ' εἰ μὴ οὐκ απηριθμήθη μοι τὰ νομίσματα »; prova irrefragabile che la formola della *exceptio* conteneva quelle parole nè più nè meno. È ora chiaro che l'eccezione rispondente alla formola: *si paret a* N^0 N^0 A^0 A^0 *domum ædificari oportere extra quam si pecunia ab* A^0 A^0 N^0 N^0 *non numerata est,* era incompleta almeno nel senso che il fatto, da cui risultava la materiale dipendenza dell'*oportere* dal versamento del danaro, non trovava in essa espressione alcuna. Nulla manca invece nella formula: *si paret* A^0 A^0 N^{um} N^{um} *centum dare oportere, condemna, extra quam si ea pecunia ab* A^0 A^0 N^0 N^0 *numerata non est,* nel caso della stipulazione di mutuo. Poichè la dipendenza dell'efficacia della stipulazione di una somma di danaro dal versamento anteriore di essa inversamente fatto è chiaro senz'altro nella stipulazione di mutuo. Con ciò noi abbiamo fissato il campo della nostra eccezione. Essa è dunque un mezzo d'impugnazione, il quale di fronte all'efficacia formale della stipulazione di mutuo, faceva valere il difetto della causa materiale. La ricerca dunque avrà per punto di partenza il rapporto della stipulazione di mutuo, e rispettivamente (poichè originariamente non era essa controdistinta dalle altre specie di stipulazione) della stipulazione in generale alla sua causa.

I. — IL RAPPORTO DELLA STIPULAZIONE ALLA SUA CAUSA

§ 1. *La forza astrattamente obbligante della stipulazione.*

L'Autore afferma che la stipulazione è essenzialmente formale, ciò però non è stato riconosciuto che nel nostro secolo. *Donello* (14) concepiva la stipulazione come un contratto di carattere materiale in base al consenso formalmente dichiarato. *Cujacio* e *Duareno* (15) dicevano che la stipulazione era il mezzo comune per rafforzare le altre obbligazioni. Anche i casi, in cui nella stipulazione viene soppressa la causa, a nulla concludono per ritenere che essa non sia un negozio giuridico del tutto indipendente dalla causa medesima. La stipulazione era una promessa necessariamente astratta (16).

§ 2. *L'impugnativa della stipulazione per difetto di causa — Condictio — exceptio doli.*

L'Autore osserva che posteriormente la stipulazione potè impugnarsi per difetto di causa mediante la *condictio* e l'*exceptio*. Potevano all'uopo darsi quattro casi: I° Si poteva impugnare la stipulazione *ex causa praecedente* per mancanza di un fatto inteso dalle parti come avvenuto nel passato. II° Si poteva impugnare la stipulazione *ex causa futura* per non verificarsi in avvenire un dato fatto. III° Si poteva impugnare la stipulazione per *causa praecedens* legalmente riprovata. IV° Si poteva impugnare la stipulazione per *causa futura* legalmente riprovata.

§ 3. *La devoluzione dell'onere della prova allo stipulante relativamente alla causa — La querella non numeratae pecuniae.*

L'Autore premette che in seguito l'onere della prova sulla esistenza della causa viene devoluta allo stipulante. Esamina quindi la L. 25, D. *De probat.* (22, 3); e qui dopo averne studiato il principio ed i primi tre paragrafi, che egli dichiara

---

(14) Donello, *Comm. Iur. Civ.*, lib. 12, cc. 6-15; lib. 14, c. 36.

(15) Cuiacio, *Paratitla Dig.* (45, 1); Duareno, *Comm. tit. de verb. oblig.* Cfr. anche Johannes d'Avezan, *Contract.*, lib. 1, c. 17.

(16) L'A. richiama per lo svolgimento di questo concetto: Savigny, *Literalcontr. der Römer* (*Abh. der Berl. Akad. v.* 1816-1817); Liebe, *die Stipulation;* Jhering, *Geist*, III, 149 e segg.; Baehr, *op. cit.*, p. 25 e segg.; Salpius, *Novation und Delegation*, p. 214 e segg., 222, 234; Schlesinger, *op. cit.*, p. 24 e segg.; Spaltenstein, *op. cit.*, p. 33 e segg.

integralmente spurii, passa ad una dettagliata considerazione del § 4. Siccome questo frammento già da noi varie volte studiato e descritto nelle molteplici controversie da esso destate nella dottrina, ha una speciale importanza coi punti salienti della nostra trattazione, diamo un riassunto più ampio, o per dir meglio una pressochè letterale traduzione dello scritto del *Goldschmidt* su questa parte. Nel § 4 ci sono molte cose contrarie alla logica. Si parla del possessore di una *cautio quae indiscrete loquitur nisi ipse qui cautionem exposuit specialiter causas explanavit...* Checchè dica *Schlossmann* (17), deve ammettersi che la *cautio quae indiscrete loquitur* sta in diretta opposizione a quella *cautio*, che indica una *specialis causae explanatio*. Noi ci troviamo qui dunque di fronte a due antitesi, che si escludono a vicenda poste in forma di regola e d'eccezione, vi ha un possessore di una *cautio indiscreta*, se essa non parla distintamente etc.! Inoltre il mettere in confronto una proprietà inerente alla stipulazione *(quae indiscrete loquitur)* ed un'affermazione ad essa relativa *(indebite exposita esse dicatur)*, ed il posporre la prima, che deve intendersi posta prima che la seconda sorga, non corrisponde punto alle esigenze di un pensiero corretto. Finalmente il § 4 contiene una brutta confusione dei concetti onere di prova e forza probante.

Il § 4 tratta della *cautio*, di una stipulazione scritta (18). Relativamente alla stipulazione verbale non v'ha decisione alcuna. Se essa al tempo di Paolo era già divenuta rara non era però uscita affatto fuori d'uso; quindi il non accennare alla stipulazione verbale indica un difetto di precisione scientifica.

La limitazione dei mezzi di controprova ai documenti è affatto contraria al classicismo. Di una tale limitazione del diritto di prova niente si conosceva al tempo dei giuristi classici. Vero è che il c. 1 Cod. *De testibus* (4, 20) dice: κατὰ ἐγγράφου μαρτυρίας ἄγραφος μαρτυρία οὐ προσφέρεται (19). Ma questo passo nella sua redazione vaga ed oscura di fronte alle decisioni come nel c. 15, Cod. *De fide instrum.* (4, 21): « *In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium* », e nella L. 3, § 2, D. *De testibus* (22, 5) non è in grado di dimostrare quella limitazione. Il c. 3, Cod. *Si min. se maj. dix.* (2, 43) contiene veramente una simile limitazione, ma esso appartiene già all'epoca postclassica.

---

(17) Schlossmann, *zur Lehre. v. der causa obligatorischer Verträge*, p. 6 e segg.

(18) Gneist, *d. form. Verträge*, p. 202, 239 e segg.

(19) Se Paolo, *Rec. Sent.*, V, 15, § 4, dice: « *Testes quum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt* »; ciò vuol dire che quando la genuinità di un documento contrattuale è assodata, e quindi il contratto si dimostra a vista mediante il documento, non è possibile alcuna controprova, molto meno con testimoni.

Quindi il § 4 in gran parte proviene dalla mano dei compilatori. Per dimostrare ciò esaminiamo un po' la latinità di alcune sue proposizioni. « *Sin autem cautio indebite esse dicatur* »: l'espressione *dicatur* è caratteristica nelle Pandette.

« *et indiscrete loquitur* » l'avverbio *indiscrete* non trovasi presso Cicerone (che però conosce *discrete*); presso Plinio trovasi una volta, come anche una volta in un rescritto del secolo terzo (c. 5, Cod. *de quaest.* 9, 41) e due volte nelle Costituzioni di Giustiniano (20); l'aggettivo *indiscretus* s'incontra in due Costituzioni del quarto secolo (21).

« *tunc eum... deduxit...* » è di nuovo un latino dei giuristi senza dubbio. Al contrario le parole seguenti: « *nisi ipse, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eamdem conscripsit* » segnatamente col *causas* in plurale, che appena si può spiegare, e collo speciale « *pro quibus conscripsit* » e l'espressione senza esempio « *eamdem* » invece di *eam* ci spingono a credere non essere esse di Paolo.

« *Tunc enim stare... promisisse...* »: qui l'espressione « *evidentissimae probationes* », le frasi « *in scriptis habitis* » e l'altra « *ostendere paratus sit* », come anche l'uso della parola « *sese* » per *se* affatto ignota ai classici giuristi, denotano evidentemente la mano dei compilatori. Quindi noi possiamo stabilire secondo l'ora detto, che della L. 25 citata il principio ed i tre primi paragrafi pienamente, ed il § 4 fino al seguente Nocciolo Paolino non sono genuini:

« *Sin cautio indebite exposita esse dicatur, tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit.* »

Ora sorge la questione sul senso di questa proposizione non apocrifa.

Qual è il senso di questo frammento? È già stato rilevato che la *cautio* del passo stesso denota documento stipulatorio. Su ciò tutti sono d'accordo. Al contrario si discute assai sul significato della parola « *indebite* ». Primieramente non è necessario intenderla nel senso che la stipulazione ripete la sua causa da un rapporto di debito meramente supposto e che non esiste. Anzi il significato della parola (ciò che in difetto di un sistema di *condictiones* generalmente riconosciuto nella giurisprudenza classica è spiegabile) è incerto. Oltre dei numerosi passi, ne'quali è usata nel senso indicato, la parola stessa si trova usata nel senso molto più generale di « *sine causa* ». Così nella L. 80 § 7 D. *De furt.* (47, 2), c. 8 C. *de cond. ind.* (4, 5), la prestazione ad un non debitore, nel

---

(20) C. 8, § 1, Cod. *De praescript.*, 7, 39; C. 49, § 3, Cod. *De episc.*, 1, 3. Notiamo però che contro l'affermazione dell'A. — stando almeno alla dizione più pregiata — l'avverbio usato in questo secondo testo non è *indiscrete*, sibbene *indistincte*.

(21) C. 1, Cod. *De priv. eor. qui in Sacr. Pal.*, 12, 29; C. 1, Cod. *De praef. praet.*, 12, 4.

falso supposto che ciò sia conforme alla volontà del creditore, si dice *indebitum*. Non basta. Il debitore di una obbligazione alternativa presta la parte di uno dei due oggetti dovuti, poi viene prestato l'altro per intero. La parte prima prestata può essere ripetuta, poichè non si è verificata la aspettazione che la parte prestata estinguesse l'obbligazione colla retro prestazione del rimanente, ma anzi l'obbligazione si è estinta colla prestazione dell'altro oggetto. Nelle LL. 26 § 13 e 34, pr. D. de *condictione indebiti* (12, 6), questa prestazione parziale viene perciò detta « *quasi indebitum* ». Se a taluno venne legata la libertà e, conforme alla apposta condizione, fece qualche prestazione agli eredi, se poi si scopre ch'egli non è schiavo, ma libero; può ripetere il prestato « *ut indebitam datam repetere possit* » (L. 67 pr. D. *eod.*). Anche gli scoliasti usano spesso la parola *causa* e *debitum* indifferentemente. Egli non è possibile che il detto di Paolo si debba intendere solo della *stipulatio debiti*. Il motivo dell'obbligo dello stipulante in esso stabilito di dimostrare la causa dipendeva dal cambiato rapporto della stipulazione alla sua causa; il cangiamento abbracciava ugualmente tutto il campo della stipulazione, come la *stipulatio debiti* così la *stipulatio ex alia causa praecedenti* e la *stipulatio ex causa futura*. Inoltre Paolo nel passo, secondo la sua formola generale, non parla solo della stipulazione, la quale, come generalmente avveniva, nomina la sua causa, ma anche di quella che la tace. Nell'ultima il promittente doveva prima dimostrare d'altronde che si era intesa una *stipulatio debiti*. Di ciò però non si parla nel testo; poichè il pallido « *dicatur* » posto immediatamente prima dell'energico « *compelli ostendere* » non può significare parimenti un obbligo di prova. Ciò non pertanto l'indicazione dell'oggetto della prova « *ostendere debitum* » sembra provare che si parli di una *stipulatio debiti*. Però è un sistema conosciuto della latinità di argento di porre l'infinito del perfetto invece del presente. Così dice *Quintiliano* 2, 1, 2: « *grammatici non satis credunt excepisse, quae a rhetoribus relicta erant* »: *Curtius* (8, 5): « *dolorem tam rex pressit contentus jussisse, ut convivio excederet* »: *Vellejus* (2, 103): « *contenti simus id unum dixisse* »: *Livius* (3, 48): « *quiesse, erit melius, id* (3, 41): *vocem non misisse.* » E così segnatamente nella nomenclatura giuridica, p. es. nel Senatusconsulto *De baccanalibus*: « *ne bacchanal habuisse velit, Bacchas ne quis adisse velit* »: *Macrob. Saturn.* (2, 6); « *Aediles edixerunt, ne quis in arenam nisi pomum misisse vellet.* » Quindi noi possiamo prendere il nostro « *debitum esse* » come identico a « *deberi* » Lo stipulante deve dunque dimostrare *deberi quod in cautionem deduxit*, cioè che ciò sia anche materialmente dovuto e la stipulazione abbia la sua giustificazione materiale nella causa verificatasi. Quindi noi possiamo intendere il detto di Paolo così, che il promittente coll'affermare di aver promesso senza causa può costringere lo stipulante a dimostrarla in senso tanto soggettivo quanto obiettivo.

Al contrario alcuni altri passi dell'età medesima sembrano contraddire. Pri-

mieramente il c. 1 Cod. *de non num. pec.* Esso è una *lex genuina* dal c. 1 Cod. *si pign. conv.* (8, 33); quindi la parola *adseris* in quello è una interpolazione dei compilatori, e secondo la forma originaria di questa Costituzione dell'anno 197 al debitore incombe l'obbligo di provare il non pagamento. Ma non si tratta nel rescritto della azione per stipulazione, ma dell'azione reale *(in rem experiri)*, nella quale una tale distribuzione dell'onere della prova si chiarisce per motivi, che lasciano intatta la tesi da noi trovata (*Huschke*, Darlehn, p. 104 e segg.). E il c. 3 *eod.* dell'anno 215 vieta appunto che si facciano valere i motivi stessi nel campo dell'azione stipulatoria.

La seconda Costituzione di questo titolo contraddirebbe allora solo che il *constiterit* si riferisse ad un onere di prova da parte del debitore. Però ciò non è necessario; poichè può dirsi di quello, p. es., che si basa sul fondamento di una *confessio in jure* dello stesso relativamente all'importo minore (*Glück,* Pand. XII, p. 149; *Heimbach,* Creditum, pag. 666); e non è possibile a cagione del c. 4 Cod. *ob cond. ob caus.* (4, 6) dell'anno 259, il quale espressamente ritiene la semplice affermazione del debitore (« *dicas* ») come sufficiente per liberarlo dall'obbligo di pagamento relativamente alla somma promessa in seguito a cose ricevute, ed anche per il c. 9 *h. t.*, il quale parimente richiede la prova del pieno pagamento da parte dello stipulante dirimpetto all'affermazione del debitore di aver ricevuto solo parzialmente.

Nella L. 5 § 1 D. *de act. empti.* (19, 1) di Paolo non si fa parola dell'onere di prova, che non coincide notoriamente colle regole intorno alle eccezioni. Il punto d'incontro per paragonare la vendita erroneamente contratta colla stipulazione erroneamente conchiusa è la specie del mezzo giuridico, che vi si contrappone; non la distribuzione della prova. Nella L. 25 *eod.* finalmente di Giuliano non è affatto necessario di supporre una stipulazione.

Questi passi quindi sono conciliabili col passo di Paolo.

La stipulazione dunque non poteva più farsi valere contro la volontà del promittente, senza riguardo alla sua causa; però il promittente doveva manifestare questa sua volontà processualmente (arg. L. 25 cit. « dicatur », c. 4 cit. « dicas ») doveva, cioè, spiegare una attività positiva. Primieramente come convenuto. Un'attività positiva del medesimo non congiunta con un onere concreto di prova era concepibile nel procedimento solamente in forma di *exceptio doli.* Essa mirava ad affermare che il processo era doloso; ciò risultava spesso a sufficienza dalla condotta dell'avversario, senza che il giudice dovesse richiedere una prova speciale. Così coll'idea modificata del rapporto della stipulazione alla sua causa doveva apparire come chi volesse trar profitto dolosamente da un mezzo giuridico del *jus strictum,* se lo stipulante agiva semplicemente sul fondamento della stipulazione senza relazione al sostrato materiale. Nella citata L. 5 § 1 quindi Paolo nomina espressamente la *doli mali exceptio* come il mezzo di difesa del promittente contro una tale stipulazione.

Codesta efficacia dell'*exceptio doli* come un mezzo di costringere l'attore ad integrare il fondamento della sua azione conforme ai principii dell'*aequitas*, si riscontra di sovente. Chi agisce contro gli eredi con un testamento, in cui è stato preferito un emancipato, viene respinto con una *exceptio doli*. Il legatario di un usufrutto coll'*exceptio doli* viene costretto a provare la costituzione della *satisdatio usufructuaria*. Il legatario a mezzo della *doli exceptio* può essere tenuto a dimostrare la data cauzione per la quarta falcidia. Colui, a cui è stata deferita la *bonorum possessio*, e che afferma di non averla acquistata ancora, può difendersi coll'*exceptio doli* contro un creditore dell'eredità.

In certi casi l'*exceptio* doveva essere concepita *in factum*. Così quando al creditore non si poteva addossare convenientemente il dolo, p. es. quando egli agiva in base ad una *cautio* trovata nell'eredità; o se al creditore non poteva rimproverarsi il dolo per rapporti di riverenza col debitore. Se allora l'*exceptio* si dirigeva contro una *cautio* di mutuo si chiamava tecnicamente *exceptio non numeratae pecuniae* (L. 4 § 16 D. de *doli m. exc.* (44, 4); L. 29 D. *mand.* (17, 1); c. 3 Cod. *h. t.*; e quindi la *exc. n. n. p.* è perciò quella, colla quale il debitore in base ad una stipulazione di mutuo si schermisce facendo valere il difetto di causa; non importa donde un tal difetto provenga.

Il caso più praticamente importante è quello nel quale la *cautio* di mutuo era stata rilasciata anticipatamente (L. 30 D. *de reb. cred.* 12, 1); ed il creditore agiva in forza di essa, senza avere consegnato la valuta (L. 2 § 3 D. *De d. m. exc.*); la quale eccezione di esso passo era quella *non numeratae pecuniae*, come lo dimostra la L. 4 § 16 cit., che è in relazione col medesimo. « *Si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numeraverim, placet per exceptionem doli mali te defendere* (Gaio, IV, 116) », la quale eccezione viene designata come *exc. n. n. p* nel § 2, Inst. *De exc.* (4, 13) quindi preso. « *Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis* (c. 7, Cod. *h. t.*). »

Questo rescritto ci porta contemporaneamente all'altro mezzo posseduto dal promittente, con cui poteva egli prendere l'offensiva e costringere lo stipulante alla dimostrazione della causa: « *per condictionem obligationem repetere, etsi actor non petat, potestis.* »

È quindi permessa la *condictio*, la quale servì mai sempre per impugnare un *promissum sine causa*. Tal continuità dello sviluppo ci è confermata espressamente dalla seguente Costituzione, la quale ci parla parimenti di due nuovi estremi dei due mezzi, la simulazione congiunta colla contravvenzione ad un divieto di legge: « *Si sub specie onorarii* etc. (c. 3, C. *De postul.*) ».

La materiale identità tra la *exceptio* e la *condictio* risulta, prescindendo dall'essere posta l'una accanto all'altra indifferentemente, dal c. 4, C. *De cond. ob caus. dat.* (4, 6).

È dunque sufficiente la semplice affermazione del difetto di causa *(dicas fidem promissi non secutam)* per la condanna dello stipulante; appunto come nella *exceptio* per respingere l'attore e lo stipulante convenuto per isfuggire alla condanna; come lo stipulante attore se vuole rimanere superiore, deve dimostrare la causa.

Un altro caso di applicazione dei due mezzi è fornito dalle fonti nella erronea supposizione di una causa (c. 2, Cod. *h. t.*) dove il precedere del ricevimento del danaro ed il succedere del rilascio della *cautio* accenna certamente ad un errore.

Come il fondamento del difetto di causa, così ancora è indifferente di quale specie di causa si tratti, se *praecedens* o *futura*. Ciò risulta dal c. 5, Cod. *h. t.*

Quindi i due mezzi giuridici hanno luogo, « *ubi quasi credita pecunia petitur* (c. 5 cit.) »; « *si non est numeratum quod velut acceptum te sumpsisse mutuo scripsisti* » (c. 4, Cod. *De cond. ex lege* 4, 9); « *si conventus velut a creditore fueris quem tibi numerasse pecuniam negas* (c. 4, Cod. *Ne fisc. vel res pub.* 2, 18); « *si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit neque numeraverit* (§ 2, Inst. *De except.* 4, 13) (22). Lo sviluppo giuridico era giunto a tale che il promittente poteva esigere la dimostrazione della causa (23). Però qui era un pericolo del creditore, il quale era tanto maggiore quanto più lungo era il tempo dal giorno della costituzione della stipulazione. Tal pericolo era grandissimo nella stipulazione di mutuo, in cui la scorrevolezza e la mancante individualità dell'oggetto rendevano oltremodo difficile la prova, dopo che per avventura i testimonii erano digià morti. Si cercò un mezzo « *ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari* (Inst. tit. *De lit. obl.*). »

Tal mezzo si trovò nella introduzione di una breve prescrizione del nostro mezzo impugnativo: si assoggettò la *exc. n. n. p.* e la corrispondente *condictio* ad una prescrizione annuale (c. un. Cod. Herm. *De cauta et n. n. p.*). Questa prescrizione fu introdotta dalle Costituzioni imperiali, come dicesi espressamente nelle Inst. tit. *De lit. oblig.* e verso l'anno 225; poichè essa già venne pre-

---

(22) Non è mestieri ricordare che, oltre i mezzi generali d'impugnazione, il promittente aveva ancora gli speciali, secondo le circostanze concrete del caso, p. es. per inganno c. 3, Cod. *De plus petit.*, 3, 10; per violenza, c. 7. Cod. *De his quae vi*, 2, 20; per *turpis causa*, c. 1, Cod. *De cond. ob. turp. caus.*, 4, 7. La scelta del mezzo d'impugnazione poteva portare, secondo i casi, particolari vantaggi; p. es. coll'*actio quod metus causa* si potevano chiedere i danni, mentre la nostra *condictio* tendeva solamente alla *liberatio*.

(23) Per ciò anche in questo stadio non si può parlare di soppressione, ma solo di sopprimibilita dell'effetto astratto della stipulazione; se quindi il promittente convenuto si limitava ad impugnare la conclusione della stipulazione, lo stipulante, che la dimostrava, otteneva la condanna senza discussione della causa.

supposta nella Costituzione del 228 (c. 8, Cod. *h. t.*). La prescrizione dell'*exc. n. n. p.* è inoltre stabilita nei cc. 9, 10, Cod. *h. t.;* c. 5, Cod. *Si cert. pet.* (4, 2); c. 3, Cod. *De postul.* (2, 6); la prescrizione della *condictio* dalla Costituzione ultima e dal c. 4, Cod. *De cond. ex lege.* Al contrario non si parla espressamente della prescrizione della corrispondente *exceptio doli.* Ciò ha il seguente motivo.

Il promittente aveva un piccolo vantaggio accampando l'*exc. n. n. p.* non la più generale *exceptio doli.* Poichè mentre in questa l'attore poteva far la replica della prescrizione ancora *in judicio,* lo stesso dirimpetto all'*exc. n. n. p.* doveva far valere la prescrizione già *in iure,* altrimenti ne era escluso. Perciò dopo l'introduzione della prescrizione la *exc. n. n. p.* bandì dalla pratica l'*exc. doli.*

La prescrizione in quanto si riferiva all'*exceptio* era altamente anomala (24) e rendeva necessaria un'altra singolarità. Era possibile che il creditore durante il termine della prescrizione nè poteva essere convenuto « per circostanze di fatto o di diritto » nè da sua parte agiva per rendere possibile al debitore l'affacciare la *exceptio.* Per tali casi bisognava dare al debitore un mezzo di perpetuare il diritto. Come tale apparisce già nelle Costituzioni del terzo secolo la *protestatio* (c. 9, Cod. *h. t.;* c. 4, Cod. *De cond. ex lege*) (25), la quale fino a Giustiniano apparisce come un atto privato senza forma (*Gneist,* loc. cit., pag. 61). Dopo la decorrenza del termine la stipulazione di mutuo non è più impugnabile per difetto di causa; poichè, sebbene nelle fonti non si trovi mai nettamente pronunciato un tal principio, che dopo la decorrenza del termine non abbia luogo più l'*exc. n. n. p.* anche nella guisa che l'onere della prova passi al promittente; pure non si fa cenno nelle fonti della sua permissione. Eppure sarebbe stato ovvio rilevare, là dove si parla della decadenza della *exc. n. n. p.* e della corrispondente *condictio,* che la stipulazione non diventi tuttavia inoppugnabile, incombendo soltanto l'onere della prova al promittente. Sembra ancora che all'esclusione di ogni impugnazione accenni il c. 8 Cod. *h. t.*

Il termine stesso nell'epoca classica fu da un *annus* — *tempus utile* — esteso ad un *quinquennium* — *tempus continuum* — (c. un. Cod. Herm. cit.; cfr. anche c. 14 pr. Cod. *h. t.*).

---

(24) Appena da lontano si potrebbe paragonare il caso della *querela inofficiosi testamenti* la quale non solo come *hereditatis petitio,* ma anche come *contradictio* si prescriveva in cinque anni, però non come una vera *exceptio;* come pure l'altro caso del *beneficium competentiae* del c. 6, Cod. *De revoc. his quae in fraud. cred.,* 7. 75.

(25) Il nostro mezzo, secondo la sua essenza ed effetto senza riguardo alla sua forma nel caso concreto — *condictio, exceptio, contestatio* —, si chiama nelle fonti *querella non numeratae pecuniae.* Cfr. Gneist, *op. cit.*, p. 78.

Questo è lo stato della cosa all'epoca dei giuristi classici. La *exc. n. n. p.* e la corrispondente *condictio* (oltre la *contestatio*) sono mezzi del diritto materiale; di mezzi relativi alla prova non si fa parola nei passi che appartengono all'epoca classica (26); così inoltre un testo alquanto confuso dello scoliaste Taleleo al c. 5, Cod. *h. t.* — dal punto di vista della dottrina vigente all'epoca di questo rescritto — dice che la *querela n. n. p.* non è diretta contro documenti di debito, ma solo contro istrumenti di stipulazione (27). E così la *querela* anche nella compilazione Giustinianea trova il suo posto tra i mezzi del diritto materiale.

II. MUTUO E CHIROGRAFO

§ 4. *Il Mutuo col Chirografo come surrogato della Stipulazione.*

L'Autore segue lo sviluppo via via assunto dal mutuo, il quale finì per abbracciare quasi tutte le forme giuridiche, surrogandosi così alla stipulazione. Il mutuo divenne un vaso, che poteva contenere la più svariata materia di obbligazione. I chirografi, che contenevano la constatazione del mutuo, in tale funzione furono di due specie, la prima di quelli che creava lo stesso interessato alla prova — per cui però venivano rogati sette testimonii —; la seconda di quelli che l'avversario rilasciava. I primi si dicevano *chirographus*, gli altri *chirographum;* questi erano di provenienza greca. I chirografi servivano per dimostrare il mutuo, che alla sua volta comprendeva ogni negozio giuridico. Erano dessi il mezzo, di cui il commercio si serviva per raggiungere gli scopi, ai quali era stata innanzi diretta la stipulazione (28).

---

(26) Nei passi apparentemente contrarii, c. 4, *Cod. de cond. ex l.*, 4, 9; c. 5, Cod. *Si cert. pet.*, 4, 2, le parole: « ... *et necdum transisse tempus statutum vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando...* »; e respettivamente le parole; « ... *et hujus rei est habita solemnis contestatio...* » sono evidenti interpolazioni nel senso del diritto posteriore.

(27) *Quid* delle stipulazioni verbali? Già al tempo di Cicerone la stipulazione scritta era di un uso così preponderante che egli annovera la stipulazione senza altro fra le « *res quae ex scripto aguntur.* » L'ulteriore sviluppo del mezzo impugnativo contro di essa deve connettersi essenzialmente anche alla stipulazione scritta.

(28) Circa i varii punti svolti in questo § 4, l'A. fa richiamo a: IHERING, *Geist*, III, p. 207, 211, 296 e segg. e *Zweck im Recht*, I, p. 156-162 (2ª ediz.); e nei JAHRB, *für Dogm.*, II, pag. 87-120; HEIMBACH, *Creditum*, p. 276; SCHLOSSMANN, *Besitzerwerb durch Dritte*, p. 122; BRUNNER, *Rechtsgeschichte der röm. u. germ. Urkunde*, pag. 49 e segg.; GNEIST, *die form. Vertr.*, pag. 413 e segg., 512; BAEHR, *op. cit.*, pag. 145; HUSCHKE, *Darlhen.* pag. 28 e segg.; BRUNS, *die Unterschriften in den röm. Rechtszurkunden* nei (*Abh. d. Berliner Akad.* 1876).

§ 5. *La querella non numeratae pecuniae di fronte al Chirographum.*

L'Autore comincia coll'osservare che prima del c. 19, Cod. *de n. n. p.* un chirografo non faceva fede contro il dichiarante anche se fornito di *specialis causae edictio.* L'*exc. n. n. p.* non era il fondamento, ma la semplice occasione per riconoscere l'inefficacia dimostrativa del chirografo quanto alla vera causa che l'aveva originato. Così si formò per consuetudine il principio che la *querela n. n. p.* toglie la forza probante, e che, decorso il relativo termine, il chirografo acquista un'efficacia dimostrativa inoppugnabile. Però dal sesto secolo in poi il chirografo venne ad acquistare forza probante dall'indicare la causa in modo specifico (c. 13, Cod. *h. t.*). Cangiando il celebre § 4 della L. 25, D. *De probat.* i compilatori hanno commessi due sbagli: 1° i cambiamenti che dovevano dirigersi ai documenti di stipulazione furono fatti in un passo che parla generalmente della stipulazione; 2° mentre nella prima parte del § citato, dichiarano che il creditore di una *cautio quae indiscrete loquitur,* ha l'onere della prova riguardo alla *cautio,* dicono nella seconda parte che in caso di *specialis causae edictio*, il debitore risponde della confessione fatta, senza soggiungere che nel caso è il debitore che deve dimostrare il difetto di prova. Sebbene il debitore dovesse rispondere della dichiarazione specifica, pure, secondo i principii generali, poteva fare la controprova, però soltanto col mezzo di documenti.

La *querela n. n. p.* fu poi estesa eziandio ai documenti senza clausola stipulatoria, purchè non fosse indebitamente proferita (C. 14, Cod. *h. t.*).

L'Autore passa poi a dire delle prove dell'identità della eccezione contro i documenti con e senza clausola stipulatoria. Accennato quindi alla petizione degli argentarii perchè nessuno potesse eccepire il non ricevo di danaro quando risultasse da documenti firmati; dimostra come l'opinione che la *querela n. n. p.* fosse concessa per ovviare al caso che si rilasciasse il documento prima di ricevere il danaro, è respinta dai termini lunghi accordati (uno, cinque, due anni) (29).

---

(29) Sul § 5, scrittori richiamati: Windscheid, *Pand.*, II, § 412a; Spaltenstein, *op. cit.*, p. 144, 149; Gneist, *op. cit.*, p. 57, nota 12, 284 e 315; Schlesinger, *op. cit.*, p. 207, 266; Puchta, *Pand.*, § 305 e *Vorles.* II, p. 151; Huschke, *op. cit.*, p. 98, nota 1.

CONCLUSIONE

L'Autore infine scende a conchiudere. La *querela n. n. p.* per esso ha due lati. L'uno materiale, in quanto essa era diretta a far valere il difetto di causa nella stipulazione; non esistendo in diritto tedesco la stipulazione deve mancare quindi anche la *querela n. n. p.* L'altro lato è relativo alla prova che si estrinseca in due momenti: sospensione di essa per qualche tempo, assoluta efficacia di essa dopo codesto trascorso. In diritto tedesco essendo indubbiamente stato abolito il primo momento, cioè la sospensione, mediante l'art. 295 del Codice di Commercio, e mediante il § 17 della Legge d'introduzione alla procedura civile, devesi intendere abrogato anche il secondo momento come correlativo al primo ritenendo il debitore sempre facoltizzato a provare il non versamento del danaro coll'istituto della impugnazione *(Anfechtung)* (30).

---

(30) Cons. Coccejo, *Ius. civ. controv.*, I. *Quaest.*, 19, p. 600 e segg.; Glück, *Pand.*, XII, p. 169-174; Windscheid, *Pand.*, II, § 372 nota 15; Gneist, *op. cit.*, p. 106 e segg.; Pfeiffer, *Verm. Ausf.*, p. 185-187, e *Pracht. Ausf.*, p. 164-166; Heise, *u.* Kropp, *Iur. Abh.*, I, p. 386; Ackermann, *Rechtsf.* I, p. 239, II, p. 160; Seuffert, nell'*Arch.*, V, p. 152, 275; Bothmer in Gans, *Zeitschrift*, I, p. 177-182; Anschuetz u. Völderndorff, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, art. 295.

INDICE

ERRATA-CORRIGE

Pagina	Lin.	ERRORI	CORREZIONI
31 nota 1	2	Gneist, *Form. Vertr.*	Gneist, *d. Form. Vertr.*,
32 nota 1	1-2	c. 3 Cod, Theod. *de denunc.* (2, 4)	c. 3, Cod. Theod. *De denunc.* (2,4) [ediz. di Haenel, col. 193].
» » »	4	c. 6 *eod.*	c. 6, *eod.* [ediz. di Haenel, col. 196]
» » »	13-14	«*si certum petatur de chirogr.*» (C. Theod. 2, 27)	«*si certum petatur de chirogr.*» (Cod. Theod. 2, 27, ediz. di Haenel, col. 265-268).
38 nota 1	2	Rein	Reitz
39 testo	10	*Erxcleben*	*Erxleben*
» nota 2	3	Erxcleben	Erxleben
» » »	8	nella *Krit. Vierteljahrschr.*	nella *Krit. Vierteljahresschr.*
44 n. 2 com. a p. 41	pen. e ult.	(§ 2 de obligat. 3, 14, e tit. de lit. oblig. 3, 22), nonchè del c. 6, Cod. Theod. 2, 4, etc.	(§ 2 *De obligat.* 3, 14 e tit. *De lit. oblig.* 3, 22), nonchè del c. 6 Cod. Theod. *De denunc.* 2, 4 (ediz. di Haenel, col. 196) etc.
44-45 nota 2	18	*der Inhaberpapiere;* Pfordten, *Diss.* p. 300; Windscheid,	*der Inhaberpapiere;* Windscheid,
53 nota 1	6	Tale secondo disposto andato in vigore in Germania sul finire del 1878,	Tale secondo disposto andato in vigore in Germania sul finire del 1879,
55 nota 1	1	(1) Rif. nei cc. 3 e 4 od *h. t.*	(1) Rif. nei cc. 3 e 4 Cod. *h.* t.
56 nota 2	1	Su questa *adseris*	Su questo *adseris*
61 nota 2	21	che il Wangerow,	che il Vangerow,
63 nota 1	11	cc. 1 e 2 Cod. Greg. tit. *si deb. persol.*	cc. 1 2 Cod. Gregor. tit. *si deb. persol.* [secondo l'ediz. di Haenel (4, 1), col. 26-27]
64 nota 6	1	(6) Arg. c. 14, § 4, cit.; Nov. 100, cap. 1 e 2, Cod. *De ann. except.* (4, 41).	(6) Arg. c. 14, § 4 cit.; Nov. 100, c. 1; c. 2 Cod. *De ann. except.* (7, 40).
71 nota 1	1	(1) Haenel, *Corp. jur. Bonn.*, p. 65.	(1) Cod. Hermog. *De cauta et non num. pec.* (lib. un., tit. 1) [ediz. di Haenel, col. 65-66].
85 nota 2	2	Savigny, *Obligationrecht*, II, p. 265;	Savigny, *Obligationenrecht*, II, p. 265;
85-86 nota 3	13	e nella *Krit. Vierteljahrungschrift.*, I, p. 109, 126, 437;	e nella *Krit. Vierteljahresschr.*, I, p. 109, 126, 437;
» » »	19-20	Bensey, nella *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.*, XIV, p. 212;	Benfey, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proz.*, XIV, p. 212;
111 testo	3	la *causa negotii* dove ritenersi latente si,	la *causa negotii* deve ritenersi latente si,
116 testo	9	*cautio indiscreta* o non *specialiter edicta.*	*cautio indiscreta* o *non specialiter edicta.*
117 nota 4	4	ad L. 27 § D. *de pact.;* n. 68.	ad L. 27 § 2 D. *De pact.* n. 68;
121 nota 1	12	Schloszmann, *Zur Lehre V. der causa obligatorischer Verträge*, p. 6 e segg.,	Schlossmann, *Zur Lehre v. der causa obligatorischer Verträge*, p. 6 e segg.,

Pagina	Lin.	ERRORI	COQREZIONI
122 nota 1	2-3	c. 4, Cod. *De cond. ob causam dat.* (4. 5).	c. 4, Cod. *De cond. ob causam dat.* (4, 6).
131 nota 1	1	Arg. c. 22, Cod. ad *S. C. Velleja-num* (16, 1).	Arg. c. 22, Cod. *ad S. C. Velleja-num* (4, 29).
133 testo	26-27	Cod. *De compens.* 4, 21):	Cod. *De compens.* 4, 31):
» »	28	due volte nella L. un. Cod. Theod.	due volte nel c. un. Cod. Theod.
139 nota 2	1	Koch, *Oblig.*, III, § 254.	Koch, *Das Recht der Forderun-gen*, III, § 254
» » »	2	Lauterbach, *Coll. th. pr. h. t.* § 63;	Lauterbach, *Coll. th. pr. Pand.* § 63;
» » »	3	Hansen nell'*Arch. f. civ. Prax.*, IV, n. 19; p. 45;	Hansen nell'*Arch. f. civ. Prax.*, IV, n. 19, p. 45;
142-143 n. 2	12	(arg. L. 3, Cod. *De postul.* 2, 6).	(arg. c. 3, Cod. *De postul.* 2, 6).
147 nota 1	16	Bulow, *Die Lehre v. d. Proces-seinreden;*	Buelow, *Die Lehre v. d. Proces-seinreden;*
» » »	17	nella *Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft*, II, p. 239-310;	nella *Zeitschr. f. Rechtsgeschi-chte*, II, p. 239-310;
» » »	19	Kruger nella *Zeitschr. f. geschi-chtl. Rechtswiss.*, VII, p. 219 e segg.;	Krueger nella *Zeitschr. f. Rechts-geschichte*, VII, p. 219 e segg.;
149 nota 1	2	*Syst.*, § 226 l.	*Syst.*, V, § 226l.
151 nota 3	1	(3) l'*exc. personae cœherens*	(2) l'*exc. personae cœherens*
151-152 n. 3	3	(L. 2, § 1, e 2, D. *De dol. mal. except.*,	(L. 2, §§ 1 e 2, D. *De dol. mal. except.*,

Si noti che la *Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozess* è citata indifferentemente ora con il suo nome; ora col nome del fondatore *Linde's Zeitschr;* ora infine col nome del luogo di pubblicazione *Giess. Zeitschr.;* ciò secondo l'uso della dottrina tedesca.

